الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة العدل
المعهد الوطني للقضاء
مديرية التربصات



مذكرة نهاية التكوين

حق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية
و إشكالا ته المثارة أمام القضاء

من إعداد الطالبة القاضية :

عـيـسـيـو

أسـمـاء

الدفعة الثانية عشر
2001 - 2004

المقـ ـ ـدمـ ـة :

إن الزواج يشكل البنية الأساسية التي يقام عليها المجتمع و هو الرخصة و الوسيلة الشرعية و القانونية الوحيدة التي تنظم بواسطتها علاقة الرجل بالمرأة و تجعلها حلالا. و نظرا للأهمية الكبيرة لعقد الزواج فإن ا سبحانه وتعالى لم يجعله عقدا ماديا فحسب كبقية العقود، بل رفع من شأنه و جعله عهدا و ميثاقًا بين الزوجين، يربط بينهما رباط المودة و الرحمة مدى الحياة لقوله تعالى : " **و قد أضفى بعضكم إلى بعض و أخذنا منكم ميثاقًا غليظًا** "

أما بالنسبة للقانون الوضعي فنجد المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري تعرف لنا الزواج : " **الزواج عقد يتم بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي و من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب** " فإذا كانت هذه هي الغاية و الهدف المرجو من الزواج فإن عقد الزواج يمكن أن يتعرض للانحلال حين تسوء فيه العشرة الزوجية، و يشتد الخلاف بين الزوجين و يفقد الزواج معانيه السامية و لا يبق علاج لهذه المعضلة سوى فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين أو أحدهما (طلاق، تطليق، طلاق بالتراضي، الخلع)

و من المشاكل التي تثار عند انحلال الرابطة الزوجية، التعويض، متاع البيت، الحضانة، النفقة، المسكن، و يعتبر هذا الأخير من أهم المشاكل و الذى هو موضوع دراستنا، على اعتبار أن انحلال الرابطة الزوجية تترتب عنه آثار وخيمة على الزوجة و الأولاد و يتفاقم هذا الخطر عندما لا تجد المرأة مكانا يأويها مع أولادها و لا يعطى لها الحق في المسكن مما ينعكس سلبا على ممارسة حضانة أولادها.

إن الشريعة الإسلامية و كذا قانون الأسرة حاول معالجة هذه المعضلة خاصة المادة 52 منه تنص على ضرورة إعطاء مسكن الزوجية في حالة توافر شروط معينة و سقوطه في غياب هذه الشروط، فإن أهم ما يمكن ملاحظته فيما يخص هذه

المادة، في إطارها العام، أنها قيدت هذا الحق بنصها على ضرورة توافر شروط معينة و هذا ما أدى إلى تضييق هذا الحق من الناحية القانونية و توسيعه من الناحية الواقعية فنجد في الكثير من الأحيان تحايل أحد الزوجين من أجل أخذ هذا الحق مستغلين في ذلك الثغرات و النقص القانوني في هذا الشأن كما أن المشرع الجزائري أغفل تنظيم مسألة مسكن الزوجية، مقتصرا في ذلك على اعتبارها عنصرا من عناصر النفقة (المادة 78 ق الأسرة) يراعى في تقريرها وضع الزوج (المادة 37 ق الآسرة) مما يفسح المجال لقضاء الأحوال الشخصية في تبنى هذا الفراغ القانوني، لتثبيت حق الزوجة في السكن تثبيتًا صحيحا،حال قيام العلاقة الزوجية ،باعتماده على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الشرعية،و يظهر ذلك من خلال عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا.

و من هذا الطرح نستشف أن الإشكالية إنما تدور حول مسكن الزوجية بعد انحلال الرابطة الزوجية و بالخصوص عند احتكاكنا بالمحاكم و اطلاعنا على مختلف القضايا المطروحة أمام القضاء و المتعلقة بمطالبة الحاضنة لتوفير مسكن تمارس فيه حضانة أولادها، أو مطالبتها لبدل الإيجار، فإنها تواجه صعوبات كثيرة للحصول عليه , فنتساءل في ماذا يتمثل هذا الحق ،و ما هي طبيعته القانونية ؟ وما هي مواصفات المسكن ؟ و كيف نظر و نظم القانون الجزائري مسكن الزوجية بعد الطلاق ؟ و هل يسند المسكن للمطلقة الحاضنة تلقائيا أم ينبغي توفر شروط معينة لكي تستفيد منه ؟ وما هو أثر تخلف هذه الشروط ؟ و لو أسند للحاضنة مسكن لممارسة الحضانة،أو منحت بدل إيجار، فهل تبقى فيه طول حياتها أم تشغله مؤقتا بانقضاء الحضانة ؟

كل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عليها في موضوعنا و ذلك من خلال تطرقنا للفصل الأول : تحديد المفاهيم العامة لحق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية

الفصل الثاني : أحكام تمتع المطلقة الحاضنة بحقها في المسكن وسلطة القاضي في إسناده لها أو منحها أجرة .

الفصل الأول : تحديد المفاهيم العامة لحق المطلقة الحاضنة في مسكن الزوجية.

إن الدراسة العلمية لموضوعنا تتطلب منا البحث أولا وقبل كل شيء عن المفاهيم العامة التي يتضمنها لمعرفة المقصود بالمطلقة ومعنى الحاضنة وما هو الحق وما هو المسكن ، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الأول والمبحث الثاني

المبحث الأول : معنى المطلقة الحاضنة :

المطلب الأول : من هي المطلقة ؟

يطلق الطلاق في اصطلاح الفقهاء على رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها و هو عند البعض حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص، أو ما يقوم مقامه في الحال أو المآل.

و قد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من ق .الأسرة على أنه:

حلّ عقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.

و يستخلص من هذا النص أن المشرع اعتبر كلا من الفرقة الناجمة عن استعمال الزوج لحقه في حل الرابطة الزوجية بناء على إرادته و الفرقة التي تكون بناءا على طلب الزوجة سواء كان ذلك تفريقا للضرر أو تفريقا بالخلع اعتبرها طلاقًا.

في حين يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الفرقة التي تكون بناءا على إرادة الزوج، فيطلقون عليها اصطلاح الطلاق و الفرق الأخرى التي تكون نتيجة استعمال الزوج لحقه في حل العلاقة الزوجية، فقد اختلفوا على تسميتها. [1]

و سنتطرق إلى الطلاق حسب إرادة الأطراف وفق ما جاء به قانون الأسرة، ثم ندرس الطلاق من حيث كونه طلاق رجعي،أو طلاقا بائن .

[1]– الأستاذ عمر زودة: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، ص 14 .

الفرع الأول : الطلاق حسب إرادة الأطراف :

إن انحلال الرابطة الزوجية يكون إما بالوفاة أو بحسب الإرادة، و انحلال الرابطة الزوجية بحسب الإرادة، يكون إما :

أ – انحلال الزواج بالإرادة المنفردة للزوج :

و هي طريقة تظهر في رغبة الزوج في طلاق زوجته لسبب من الأسباب الشخصية أو الشرعية أو القانونية، وسبب الطلاق بهذا المعنى يعتبر سبب من صنع الزوج و بإرادته المنفردة و لا دخل للزوجة فيه، فيتقدم إلى المحكمة بطلب الطلاق و يثبت ذلك بإصدار حكم قضائي. [1]

ب – انحلال الزواج بالإرادة المنفردة للزوجة : التطليق :

إن التطليق يكمن في إظهار رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها و بين زوجها لسبب من الأسباب المشار إليها في عناصر المادة 53 من ق الأسرة (عدم الإنفاق و العيوب و الهجر و الغياب و الضرر و الحكم بعقوبة شائنة و ارتكاب فاحشة، ....) [2]

ج – انحلال الزواج بالخلع :

إن المصدر الشرعي للخلع هو ما ورد في الآية 229 من سورة البقرة في قوله تعلى : " **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان. و لا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئًا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود ا .فإن خفتم أن لا يقيما حدود ا فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود ا فلا تعتدوها. و من يتعد حدود ا فأولئك هم الظالمون** " [3] . و قد جاء في صحيح البخاري عن عكرمة عن ابن عباس رضي ا عنهما قال :جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى ا عليه و سلم فقالت ، يا رسول ا : " ما نقم علي ثابت من دين و لا خلق

---

[1]– سعد عبد العزيز : الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 212

[2]– سعد عبد العزيز، نفس المرجع، ص 212

[3]سعد عبد العزيز: الزواج مرجع سابق، ص 215

و لا إنني أخاف الكفر" فقال عليه الصلاة و السلام : " أتردين عليه حديقته؟" قالت : نعم، فردت عليه، فأمره ففارقها [4]

و الخلع في الشريعة الإسلامية هو **: " إزالة عقدة النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في ما معناه** " و لقد عرف خليل في مختصره الخلع بأنه " الطلاق بعوض" [1]

و حسب المادة 54 من ق .الأسرة : يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها، على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم .

يمكن أن نعرف الخلع بأنه طريقة لفك الرابطة الزوجية، شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم و مقوم شرعا تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم و لا يجوز الرجوع عنه . [2]

د – انحلال الزواج بالتراضي :

لقد ورد في نص المادة 48 من ق.الأسرة على أن : " **الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، .....** " و هذا يعني أنه يمكن للزوجين بناء على طلب أحدهما و موافقة الآخر أو بناءا على رغبتهما المشتركة في حل عقد النكاح و وضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما دون خصام أو نزاع فمثلما تلاقيا بالإحسان يفترقان بالإحسان .[3]

الفرع الثاني : الطلاق الرجعي والطلاق البائن :

متى تقرر فك الرابطة الزوجية بين الزوجين، ألزمت المطلقة شرعا و قانونا بالبقاء في المسكن الزوجي لقضاء العدة طبقا للمادة 61 من ق.الأسرة، و لقوله

---

[4]– الأستاذ عمر زودة : طبيعة الأحكام بانهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، ص 57.

[1]– عمر زودة، نفس المرجع، ص 56.

[2]– سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 216.

[3] - سعد عبد العزيز، نفس المرجع، ص 214.

تعالى : " **إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن، و أحصوا العدة و اتقوا ا ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن**." [4]

و قال رسول ا صلى ا عليه و سلم : " **يا بنت آل قيس إنما السكنى و النفقة على من كانت له رجعة** " [1] فمن هذا الحديث نفهم أن هناك فرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن فما حكم المسكن فيهما ؟

بمعنى آخر المطلقة في عدتها قد يكون طلاقها رجعيا و قد يكون بائنًا، فهل السكن يثبت لكليهما في فترة العدة أم أنه يثبت للمطلقة رجعيا دون المطلقة طلاقا بائنًا ؟

و المطلقة عندما تنتهي عدتها قد تكون غير حاضنة و قد تكون حاضنة، فهل يثبت المسكن لهما معا أم يثبت للحاضنة دون غيرها ؟

و هذا ما سنحاول معرفته فيما يلي :

1– المطلقة طلاقا رجعيا :

لا يترتب على الطلاق الرجعي انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج بل لا ينقضي إلا بانتهاء عدة المطلقة، و يحق للزوج أن يراجع زوجته أثناء أجل العدة رضيت أم لم ترض، و بدون مهر و عقد جديدين، و الأثر الوحيد الناجم عنه، هو أن تحسب الطلقة من الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته .[2]

و قد اتفق الفقهاء على أن المطلقة طلاقا رجعيا تستحق النفقة سواء كانت حامل أو غير حامل، فهي مكثت في بيت الزوجية طول مدة العدة، و لها الحق فيه و لا يجوز لمطلقها أن يخرجها منه إلا إذا أتت بفاحشة، لقوله تعالى : " **و اتقوا ا ربكم لا تخرجوهّن من بيوتهّن و لا يخرجّن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة** " [3]

و العدة هي من آثار الطلاق، تبدأ من تاريخ الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي، و هنا تنص المادة 58 من ق.الأسرة : " **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل، بثلاثة قروء و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق** " على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر طبقا للمادة 49 من ق.الأسرة، و حسب المادة 50 من ق.الأسرة

---

[4]– سورة الطلاق، آية 1
[1]– خراخرية وليد- حليس محمد: مسكن الزوجية بعد الطلاق في ظل الشريعة الإسلامية و القانون، ص 13
[2]– عمر زودة، مرجع سابق، 20
[3]– سورة الطلاق، آية 1

فإنه من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد[4] .

2- المطلقة طلاقا بائنًا: الطلاق البائن هو على نوعين :

الأول : الطلاق البائن بينونة صغرى :

و يرفع الملك و الحل في الحال و لكنه يملك فيه الزوج مراجعة زوجته بعقد و مهر جديدين، و هو ما كان قبل الدخول أو الطلاق الذي انقضت عليه مدة العدة و لم يراجعها فيها الزوج، و لم يكن مكملا للثلاث، أما الطلاق بالخلع، فقد اختلف الرأي حوله فالجمهور يرى أنه طلاقا بائنًا، في حين قال البعض أنه فسخ و حسب المعيار الذي يقوله الأستاذ زودة فيعتبره فسخًا[1]

الثاني : الطلاق البائن بينونة كبرى :

و هو الطلاق المكمل للثلاث، بحيث لا يجوز للزوج مراجعة زوجته حتى تتزوج زوجا غيره بعقد شرعي، ثم يطلقها طلاقا شرعيا، إذًا للبينونة الكبرى لا تكون إلا إذا استنفذ الزوج حقه في عدد الطلقات الثلاث التي يملكها و الطلاق المكمل الثلاث يرفع الملك و الحل في الحال و يعتبر أيضا الطلاق باللعان طلاقا بائنًا بينونة كبرى في رأي أغلبية الفقهاء[2] .

ولقد اختلاف الفقهاء في حق المبثوثة في المسكن.

الحنفية : يرى الحنفية بان المطلقة طلاقا بائنا لها الحق في السكن و النفقة على زوجها الذي طلقها.

المالكية و الشافعية : قالوا للمطلقة المبثوثة في عدتها السكن و لا نفقة لها إلا إذا كانت حاملا.

الحنابلة : قالوا ليس للمطلقة المبثوثة نفقة أو سكنى بمعنى إذا كانت المبثوثة حاملاً فلها النفقة و السكن، أما إذا لم تكن حاملاً فقيل لا نفقة لها و لا سكنى[3].

أثناء العدة : إذا كانت الحاضنة معتدة من أبي الصغير، من طلاق رجعي أو بائن، فمكان الحضانة مسكن العدة و هو مسكن الزوجية وقت الطلاق، فليس لها أن تخرج

---

[4]- عمر زودة، مرجع سابق،ص 34

[1]- عمر زودة، مرجع سابق، ص 20.

[2]- عمر زودة، مرجع سابق، ص 20.

[3]- خراخرية وليد- حليس محمد أكرم : مسكن الزوجية بعد الطلاق في ظل الشريعة الإسلامية و القانون، ص 13

منه حتى تنقضي عدتها، و لو أذن لها المطلق بالخروج أو السفر لأن بقاءها في بيت الزوجية هو حق ا تعالى و لا يملك إبطاله[4].

مصدقا لقوله تعالى : " **لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة** "[1] و هذا مانصت عليه المادة 61 من ق.الأسرة .

لذلك إذا خرجت من المسكن في هذه الحال و معها ولدها أو لم يكن معها، فللزوج أن يعيدها إلى مسكن الزوجية، إذ له عليها حق الطاعة إن كانت زوجة، و له عليها حق الإقامة في المسكن إن كانت معتدة[2]

و للمرأة قانونًا حق البقاء في الأمكنة، غير أن الواقع العملي خاصة الأعراف التي لها قوة القانون بالتقريب ببلادنا تدفع المرأة إلى ترك المسكن الزوجي بمجرد الطلاق و قبل انقضاء العدة، و يحدث في الغالب أن لا يكون لها خيار بسبب طرد الزوج إياها، فالزوجة المعتدة تطرد من المسكن مع محضونيها، و لم يعتبر قانون العقوبات هذا الفعل جريمة معاقبا عليها جزائيا، وذلك يحدث رغم وضوح المادة 61 من ق.الأسرة[3]

و بعد انقضاء العدة :

إذا كانت الحاضنة هي أم الصغير و انقضت عدتها من أبيه، فمكان الحضانة هو بلد أبي الصغير[4]و يجوز لها أن تخرج إلى بلدها الذي يكون فيه أهلها و قد عقد زواجها من أبي الطفل فيه. أما إذا كانت الحاضنة غير أم الصغير (كالجدة، الأخت، الخالة) فليس لها الإنتقال بالصغير إلى بلد غير بلد أبيه أو أقرب عاصب له في حالة عدم وجود الأب إلا بإذنه سواء كان البلد قريبا أو بعيدا وطنا اصليا لها أم لا[5].

أماالمطلقة إذا انقضت عدتها و لم يكن لها أولادا (غير حاضنة) و وفّت بحق ا تبارك و تعالى، فيجب أن تغادر مسكن الزوجية لأنها تصبح في حكم

---

[4]- محمد عزمي البكري: موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية، ص 687.

[1]- سورة الطلاق، آية 1

[2]- الإمام محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 410

[3]- د/ الطيب لوح:"إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب الحماية القانونية الجزائرية و الإجرائية." مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 3 لسنة 2000 ، ص 261 .

[4]- محمد عزمي البكري : موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية، ص 688.

[5]- محمد عزمي، نفس المرجع، ص 693.

الأجنبية   و هنا قد لا يثور إشكال بالنسبة لسكنها إذ قد تلتحق بأبويها أو أحد أقاربها ريثما تتزوج. أما إذا كانت حاضنة و أخرجها مطلقها من المسكن فأين ستلجأ بالأولاد ؟ إلى أوليائها أم إلى الشارع ...؟ و نجد أن المادة 52 من ق.الأسرة وضعت شروط في حالة توفرها إستفادت الحاضنة من المسكن، أما في حالة غياب هذه الشروط حرمت منه.[1] و هذه الحالة هي التي تصادفها غالبا في الواقع فتكون محل دعاوى ترفع أمام المحاكم.

فنجد القضاة يواجهون مشاكل كبيرة لإسناد المسكن الزوجي، فإما أن يقرر القاضي بقاء الحاضنة مع محضونيها فيه و إما أن يلزم الزوج المطلق بتهيئة لسكن اخر لهم، أو بدفعه أجرته. فهو لا يخير الزوج المطلق بين الحلين، و إنما يقرر ما يراه مناسبا لمصلحة المحضون بتطبيق نص المادة 52 من ق.الأسرة أو نص المادة 72 من ق. الأسرة، بحسب الصورة التي يقع فيها الطلاق.

و لقد اقترحت الغرفة الوطنية للموثقين بصدد إثراء مشروع قانون الأسرة تتممة المادة 3/52 بما يلي : " **و يستثني من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، و يلزم المطلق بإبقاء مطلقته مع محضونيها بمسكن الزوجية إلى غاية إيجاد مسكن لهم حسب وسعه."**

لأنه رغم وضوح المادة 61 من نفس القانون في موضوع بقاء الزوجة في مسكن الزوجية، إلا أنها لم تنص على بقائها بعد العدة، عند وجود الأبناء المحضونين حفاظًا عليهم من التشرد خارج الدفء العائلي، و لكون الزوج المطلق هو المسؤول أولا و أخيرا على أبناءه و لو بعد الطلاق.

فنرى وجوب تعديل النص الحالي و السماح للزوجة بالبقاء في محل الزوجية (مسكن الزوج) مع محضونيها، إلى أن يسكن المطلق أبناءه مع أمهم في مسكن آخر، حماية للأبناء من التشرد في حالة الطلاق، و تتم الفقرة الثالثة كما هو مذكور أعلاه[2]

---

[1]- حسب القانون المصري للأحوال الشخصية، الحاضنة أمًا كانت أو جدة تستقل بالمنزل دون صاحبه و يظل محروما منه طوال مدة الحضانة، و قد تتزوج مطلقته لأن أمها تصير حاضنة في نفس المنزل و يظل الزوج دون مسكن.

[2]- ملف حول إثراء قانون الأسرة، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 3، جوان 1998 ص 8، ذكر كذلك في ملف الموثقين أمام ثغرات قانون الأسرة- مجلة الموثق: العدد 1 – جوان 2001 ص 30.

نلاحظ أن هناك فصل بين نص المادة 61 من ق.الأسرة، و التي ثبت من خلالها المشرع الجزائري مبدأ العدة الشرعية، ببقاء المطلقة في المسكن الزوجي إلى حين انقضاء عدتها. و نص المادة 52 من ق.الأسرة[3].

و التي قرر من خلالها للحاضنة المطلقة تعسفًا و المحضون حق البقاء في المسكن الزوجي إلى حين انقضاء مدة الحضانة القانونية، هذا من جهة، و يتعين من جهة أخرى على فرض الأخذ بهذا الاقتراح تقييده بأجل محدد و معقول يلتزم خلاله الزوج المطلق بإعداد المسكن للحاضنة و محضونيها، لأن ترك الأجل مفتوحا يؤدي إلى تعسف الزوج المطلق في حق طليقته[1] و بالمقارنة مع ما هو موجود في مصر و تونس: على المطلق أن يوفّر السكن خلال فترة العدة فإن لم يوفره ا يجبر على الخروج من البيت الزوجي و يتركه للحضانة و المحضونين، و بالرغم من أننا لا نريد الوصول إلى حد طرد الزوج من مسكنه، لكن حسب رأينا فهذا النص يدفع المطلقين يجدون في إيجاد سكن للمحضونين لكي لا يؤمرون بترك سكناهم. كما أن التشريع التونسي و ضع للمطلقة حاضنة أم غير حاضنة حلا على حساب المطلق بأن يضمن حقها في السكن و لو بعد العدة لأن السكن يدخل ضمن النفقة بل أكثر من ذلك فقد أنشأ صندوقا خاصا يضمن لها دفع النفقة فإن تأخر عن التزامه تابعه الصندوق و أراح الحاضنة أو غيرها من تأخر النفقة أو المطالبة بها عن طريق قاضي الأحوال الشخصية . و ما نتمناه في تعديل قانون الأسرة الحالي و الذي هو الآن في شكل مشروع على مستوى وزارة العدل، أن يدخل صندوق خاص يضمن نفقة المحضونين .

المطلب الثاني : من هي الحاضنة ؟

يثبت للطفل منذ ولادته ثلاث ولايات، و هي الولاية على النفس، الولاية على المال إن كان له مال وولاية التربية.

---

[3]- المشرع التونسي مثله مثل المشرع الجزائري، أعطى الحق في السكن للمعتدة من طلاق و كذا النفقة، و هذا ما تؤكده المادة 38 إذ جاء فيها : " يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها و على مفارقته مدة عدتها."

[1]- بوقرة أم الخير : مسكن الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، ص 79 ذكر كذلك في ملف الموثقين أمام ثغرات قانون الأسرة –مجلة الموثق –جوان 2001 –ص30 .

بالنسبة لولاية التربية، فالدور الأول منها يكون للنساء، و هو ما يسمى بالحضانة، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا، و هي حق للأم، ثم لمحارمه من النساء. و ثبت وجوبها عليهن إذ يروى أن امرأة جاءت النبي (صلى ا عليه و سلم) و قالت : يا رسول ا هذا ابني، كان بطني له وعاء و حجري له حواء، وثدي له سقاء و إن أباه طلقني، و أراد أن ينزعه مني، فقال رسول ا (صلى ا عليه و سلم) : " أنت أحق به ما لم تتزوجي" .[1] (فإذا كان الأولاد صغارا و أمهم مطلقة، فإن الأب مجبر على أن ينفق عليهم حيث تجب حضانتهم و نفقة الأولاد كتناول الطعام و الكسوة و السكنى و العلم و تعليم الحرفة حتى يصل الولد إلى حد الإكتساب)[2]

و لا تثبت حضانة لإمرأة من النساء إلا إذا كانت محرمة، لأن القرابة المحرمة هي التي تناط بها الحقوق و الواجبات في أكثر الأمور الشرعية، و لأنها أوثق و أعطف، لذلك كانت سببا في التحريم في الزواج، و قد قال الكاساني : " **إنّ مبنى الحضانة على الشفقة و الرحم المحرم هي المختصة بالشفقة."**

الفرع الأول : شروط الحضانة :

يشترط في الحاضنة عدة شروط تتمثل في :

أ- أن تكون حرة، بالغة، عاقلة، لأن الآمة لا تفرغ لخدمة الطفل، و الصغيرة لا تستطيع القيام بشؤون نفسها، فأولى ألا تستطيع القيام بشؤون غيرها[3] فيشترط بلوغ سن الرشد لممارسة الحضانة و طبقًا للمادة 40 من القانون المدني حدد بـ 19 سنة كاملة، و أن لا تكون مصابة بعارض من عوارض الأهلية (الغفلة، الجنون، السفه، الغفلة) .

ب- أن تكون قادرة على القيام بشؤونه، فإن كانت عاجزة عن ذلك لمرضها كأن تكون مريضة مرضا معديا أو خطيرا، لأن وجود الطفل معها يشكل خطرا على

---

[1]– الإمام محمد أبوزهرة : الأحوال الشخصية، ص 404.

[2]- دكتور.ع. فروخ : الأسرة في الشرع الإسلامي مع لمحة من تاريخ التشريع إلى ظهور الإسلام، طبعة 1 ، سنة 1951 ، بيروت، صفحة 110.

[3]- لإمام محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية، ص 405.

صحته و حياته، أو لتقدمها في السن و بالتالي لا تكون أهلا للحضانة، لأن هذا الحق إنما هو لمصلحة الطفل و تربيته ورعايته و صونه، على أن قدرة المحترفة على الحضانة يترك أمرها لتقدير القضاء، لأنها مسألة موضوعية تقديرية[4] .

ج- أن تتصف بالأمانة و الاستقامة، أي أن تكون أمينة عليه، أمينة على نفسه و أدبه و خلقه، فإن كانت مستهترة لا تؤمن على أخلاق الطفل و أدبه و لا على نفسه، فإنها لا تكون أهلا لحضانته، لأنه كما نعلم فأن الطفل صورة لمحيطه العائلي و منه يتأثر به كثيرا، فإن صلح هذا المحيط نشأ الطفل على أخلاق حسنة، و إن فسد هذا المحيط نشأ الطفل على أخلاق فاسدة.

د- أن لا تكون مرتدة، لأن المرتدة غير أمينة، و لأنها تحبس فلا تكون قادرة على إمساكه و القيام على مصالحه.

هـ - ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم منه، لأنها تكون قد أمسكته عند أجنبي عنه، ربما لا يعطف عليه، فيتعرض الطفل للقسوة و البغض، أما إذا كان زوجها ذا رحم محرم منه فلا يسقط حقها في الحضانة[1]

و ما يمكن ملاحظته عند اطلاعنا على قانون الأسرة أن المشرع الجزائري ذكر بوجه عام معنى الحضانة طبقا للمادة 62 من ق.الأسرة مع اشتراط أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك، دون تفصيل مما جعلنا نلجأ للفقه لتحديد الشروط الواجب توفرها في الحاضنة كما سبق ذكره، بينما القوانين العربية الأخرى توسعت في تفصيل و شرح هذه المسألة، فنجد في قانون الأحوال الشخصية السوري مرسوم تشريعي 59 الصادر في 1953/09/17 تنص المادة 155 منه على ما يلي : " **يشترط لأهلية الحاضنة أن تكون بالغة، عاقلة، أمينة، لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه، قادرة على تربيته و صيانته و أن لا تكون مرتدة و لا متزوجة بغير محرم للصغير و أن لا تمسكه في بيت مبغضيه .**"

4- قرار 1988/12/19 ملف 51894 م ق 1991 العدد 3

1- الإمام أبو زهرة: نفس المرجع، ص 406

و في المدونة المغربية للأحوال الشخصية الصادر في 22 نوفمبر 1957، تنص المادة 98 منه على ما يلي : " **يشترط لأهلية الحضانة : - العقل- البلوغ- الاستقامة- و القدرة على تربية المحضون و صيانته صحة و خلقا – و السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب** "

و في قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 تنص المادة 190 منه أن يكون المستحق للحضانة بالغا، عاقلا، أمينا و أن تكون لديه القدرة على تربية المحضون و صيانته صحيا و خلقيا و يشترط في الحاضن أن يكون محرما للأنثى و عنده من يصلح للحضانة من النساء، و نلاحظ أن القانون التونسي كان أكثر دقة و تفصيل في شروط الحضانة، إذ جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسي الصادر في 6 محرم 1376 الموافق ل 13 أوت 1956 تنص المادة 58 منه على ما يلي : " **يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية و يراد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحضن من النساء و أن يكون محرما بالنسبة للأنثى و إذا كان مستحق الحاضنة أنثى يشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها ما لم ير الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون أو إذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول و لم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعة للمحضون أو كانت أما ولية عليه في آن واحد.** "

و اتحاد الدين بين الحاضنة و الطفل ليس بشرط، فإذا كان مسلم متزوجا مسيحية و له بنت منها و افترقا، فإن الخلاف الذي بينها و بين ابنتها لا يمنع حقها في الحضانة إذ تكون مسلمة تبعا لأبيها و يستمر حق الحاضنة ثابتًا لها مع اختلاف الدين، إلا إذا خيف على الطفل إفساد دينه، و بالتالي ينزع الطفل من يدها. [1]

و إذا انتقلت الحضانة إلى الرجال، فإنه يشترط في الحاضن أن يكون بالغا، عاقلا، حرا، قادرا على القيام برعاية الطفل أمينا عليه و ذلك بأن يكون له من يرعى

[1] الإمام أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 406

المحضون، مثلا في حالة زواجه ثانية. كما يشترط اتحاد الدين، و ذلك لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث، و لا توارث بين مسلم و غير مسلم. [2]

الفرع الثاني : أجرة الحضانة و مكانها :

1- أجرة الحضانة :

تجب للحاضنة أجرة إذا لم تكن الزوجية قائمة بينها و بين أبي الولد، و لم تكن معتدة من طلاقه الرجعي، ولا تستحقها إذا كانت معتدة من طلاق بائن لكن تستحق النفقة من أبي الطفل، و هذا على أحد قولين مصححين في مذهب أبي حنيفة، و عليه العمل، و ذلك لأن هذه الأجرة ليست عوضا خالصا، بل هي كأجرة الرضاع للأم مؤونة و نفقة. و بما أن النفقة ثابتة لها بمقتضى الزوجية لقيامها أو وجود العدة فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد، و إن تعدد السبب[1]

إن أجرة الحضانة تكون واجبة في مال الولد نفسه، إذا كان له مال، لأن نفقته تكون في ماله و أجرة الحضانة من النفقة، و إن لم يكن له مال فإن أجرة الحضانة تكون على من تجب عليه نفقته، و تكون على الأب إذا كان موجودا و كان قادرا موسرا لأن أجرة الحضانة هي دين على الأب، فإن لم يكن له أب أو كان عاجزا فإنها تجب على غيره ممن يليه في الأنفاق من سائر الأقارب[2]

2- مكان الحضانة :

إذا كانت الزوجية قائمة بين الأب و الأم، فإنها تمسكه في مكان الزوجية، إذا كانت معتدة من طلاقه البائن أو الرجعي، و ذلك لأن المرأة تعتبر ناشز إن تركت

---

[2] ـالإمام أبو زهرة ـ نفس المرجع ص 408

[1] ـ الإمام أبو زهرة ـ نفس المرجع، ص 408

[2] ـ الإمام أبو زهرة – الأحوال الشخصية – 409.

بيت الزوجية في هذه الأحوال، أي إذا خرجت من المسكن فله أن يعيدها إليه ، إذ له عليها حق الطاعة إن كانت زوجة، و له عليها حق الإقامة في المسكن إن كانت معتدة. و إذا كانت غير معتدة، و لا زوجية قائمة، فإن الحاضنة إذا كانت أما لها أن تخرج إلى بلدها الذي يكون فيه أهلها، و قد عقد زواجها من أبي الطفل فيه، لأن رضاه بالعقد فيه دليل على أنه يرضى لنفسه و لولده الإقامة فيه، و ليس لها أن تنتقل إلى بلد لم يكن عقد زواجها فيه، أو لم يكن هذا البلد الذي انتقلت إليه هو بلدها. و روي عن أبي يوسف أن لها أن تنتقل إلى البلد الذي عقد فيه عقد الزواج و لو لم يكن بلدها، و لكن جاء في البدائع " إن ذلك غير سديد "[3]

و إذا كانت الحاضنة غير الأم، فليس لها الانتقال مطلقا، إلا بإذن الأب و ليس للأب أن ينزع الولد و يسافر به من محل إقامة الحاضنة إذا كان هو المحل المعتبر شرعا و لكن إذا سقط حق الأم في الحضانة، و انتقل إلى من يليها و هي في بلد آخر، فله أن يسافر به إلى بلده[1]

<u>الفرع الثالث</u> : <u>ثبوت الحق في الحضانة بحكم قضائي</u> :

<u>1- من له الحق في الحضانة</u> ؟

إن الرابطة الزوجية التي نتج عنها أبناء يترتب عليها وجوبا الحق في الحضانة، و أن كل من الفقه و التشريع طرح إشكال يتعلق بهذا الحق.

فهل الحضانة حق خالص للحاضنة ؟ قال بعض الفقهاء ذلك، و لها أن تتنزل عنه في أي وقت شاءت، و لا تجبر إذا امتنعت، و قال بعضهم أنها حق للولد، و تجبر الأم عليه إن امتنعت، و القول الأول قول فقهاء المذهب الشافعي و الحنبلي و المالكي و القول الثاني، قول فقهاء المذهب الحنفي، و الصحيح في المذهب الحنفي أنها حق للحاضنة و للطفل و بالتالي تجبر على الحضانة، و بهذا قرر كمال الدين بن الهمام و لا وجه للإجبار إذا كانت متزوجة غير ذي رحم محرم و قد ترتب على ذلك ما يلي :

---

[3] الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص 410.
[1] الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 411.

1- أنها لو خالعت زوجها على أن تترك حضانة ولدها، فالخلع صحيح، و لكن لا يسقط حقها في الحضانة لأنه ليس خالص حقها، بل للطفل فبه حق، و ليس لها أن تترك حق الطفل فيبطل الشرط، بمعنى آخر الخلع صحيح و الشرط باطل.

2- أنها لو صالحت زوجها على أن تترك حقها في الحضانة، و جعل ذلك أساسا في الصلح فإنه يكون باطل، لأنه يكون صلحا على ما لا تملك و هو حق غيرها.

3- كما أن للقاضي أن يجبر الحاضنة على الحضانة.[2]

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد قرر أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل تنازله و له القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فتنازلها لا يكون مقبولا و تعامل معاملة نقيض قصدها لأن إسناد الحضانة يراعى فيه القاضي مصلحة المحضون.[1]

<u>2 - صدور الحكم القضائي بالحضانة.</u>

تنص المادة 64 من ق.الأسرة بأن : " **الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، ...**" فالحق في الحضانة لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي، إذ أنه إذا حصل طلاق و كان هناك أبناء، و باعتبار أن الحضانة من توابع فك الرابطة الزوجية، فإن القاضي ملزم بالفصل في حضانة هؤلاء الأبناء إذا توفرت كل الشروط و تسند الحضانة كأصل عام للأم لأنها أولى، إلا في حالة قيام نزاع بين المطلقين، هنا القاضي يراعي دائما مصلحة المحضون.

و السؤال الذي يمكننا طرحه هو هل يجوز تجزئة الحضانة ؟

من المقرر شرعا أنه لا يجوز تجزئة الحضانة بين شخصين مختلفين، كتجزئة الحضانة بين الأب و الأم أو بين الأم و العمة، أو بين الأم و الجدة لأب.[2]

<u>المبحث الثاني : الحق في المسكن :</u>

---

[2]– الإمام محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية ص 412.
[1]– القرار الصادر في 1989/03/13 – ملف 52221 ، نصر الدين مبروك، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق ص 122
[2]– القرار الصادر في 2000/02/15 – ملف: 184972- نصر الدين مبروك ، المرجع السابق، ص 126.

سنتناول في هذا المبحث المقصود بالمسكن و أنواعه، و المواصفات الشرعية بأن يكون مناسبا و مستقلا في مطلب أول ثم نتطرق إلى مفهوم الحق، و الطبيعة القانونية لهذا الحق في مطلب ثاني.

<u>المطلب الأول</u> : <u>المقصود بالمسكن</u> :

يبدو في الوهلة الأولى أن المسكن له معنى واحد و نوع واحد غير أن الوضع يختلف كما سنبينه:

<u>الفرع الأول</u> : <u>تعريف المسكن و أنواعه</u> :

إن المسكن هو كلمة لاتينية "DOMUS" يقصد بها الدار أو المنزل، تفيد في تعيين مكان الإقامة الثابت، و يسمح بتحديد مكان الشخص من الناحية الجغرافية[3]

و كلمة مسكن لها مفهومين، أحدهما لغوي و الآخر اصطلاحي.

<u>أما المفهوم اللغوي</u> : يقصد به المكان المشغول فعلا بالسكنى. [1] بدليل قوله تعالى : " **قالت النملة، يا أيها النمل ادخلوا مساكنكم.**" [2] فقد عبر ا سبحانه و تعالى على المساكن و هي جمع مسكن، لأن النمل كانوا يسكنوها فعلاً و كذلك قوله تعالـــى : " **و سكنتم في مساكن الذين ظلموا أنفسهم.**" [3] و قوله تعالى أيضاً : " **لقد كان لسبأ في مسكنهم آية.**" [4] و على ذلك فكلمة مسكن إنما تدل لغة على المكان المشغول فعلا بالسكنى، و كذلك البيت و الدار و المنزل بدليل قوله تعالى: "**أوحى ربك إلى النحل أن اتخذي من الجبال بيوتا.**" [5] و لم يقل ا عز و جلّ اتخذي من الجبال مساكن لأن النحل لم تكن قد سكنت فعلاً.

<u>أما المفهوم الاصطلاحي العام</u> : فيعني ذلك المكان الثابت و المخصص للسكن بصفة دائمة، و يعرفه الأستاذ بن رقية بن يوسف أنه " ذلك المحل الذي يستعمل في النهار و الليل للسكن و الاستراحة أو الاستحمام أو العمل، و هو المأوى بصفة

---

[3]– بوقرة أم الخير، المرجع السابق، ص 02.
[1]– محمد عزمي البكري: موسوعة الفقه القضائي في الأحوال الشخصية، ص 750.
[2]– سورة النمل، آية 18.
[3]– سورة ابراهيم، آية 45.
[4]– سورة سبأ، آية 15.
[5]– سورة النحل، آية 68.

عامة مثل الفيلا، الشقة بالعمارة، فيجب أن يكون المحل المخصص للسكن بصفة دائمة، و لذا نجد القضاء قد رفض حق البقاء في مسكن صيفي، و ذلك لأنه كان يستعمل للمتعة في المواسم دون السكن المستمر." [6]

<u>مفهوم المسكن الزوجي خلال قيام العلاقة الزوجية :</u>

عرفته الدكتورة هجيرة دنوني على أنه " **نقطة التقاء عناصر مادية معنوية بالإضافة إلى اعتبارات أخرى من النظام القانوني، الاجتماعي و الإنساني.**" و أضافت قائلة حسب رأي الفقيه HEBRAUD : " **يجب أن يستجيب المسكن للشروط اللازمة حتى يأوي العائلة بشرف.**" و حسب رأيها " **فإن تحديده يفترض تقديرا ماديا و معنويا بالنسبة للأثاث الذي يتكون منه.**" و يقوم المسكن على عناصر ثلاثة:

<u>أولا</u> : عنصر بشري يتمثل في الزوجين و الأولاد.

<u>ثانيا</u> : عنصر معنوي يتمثل في الروابط و العلاقات التي تجمع الزوجان و أولادهما بقصد تحقيق المودة و الرحمة بين الزوجين.

<u>ثالثا</u> : عنصر مادي و يتمثل في الأثاث و اللوازم الضرورية للمعيشة، بحسب العرف و العادة، و بقدر سد حاجيات الأسرة العامة. [1]

و فيما يخص مصطلح المسكن الزوجي، ميز الفقه القانوني في مجمله بين عدة مصطلحات.

<u>1- المسكن الفعلي</u> :

يقصد بالمسكن الفعلي المحل الحقيقي لإقامة الزوجين و الأولاد، فقد يكون هذا المسكن منزلا مستقلا، و قد يكون شقة، و قد يكون حجرة في شقة، و الحجرة في الشقة ليست مسكنا شرعيا لأن المسكن الشرعي لا بد أن يكون مستقلا بمرافقه.

<u>2- المسكن الشرعي</u> :

---

[6]– عرفت المادة 355 ق.ع السكن بما يلي: " يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك و لو متنقل متى كان معداً للسكن..."

[1]– بوقرة أم الخير : مسكن الزوجية، ص 8.

يراد بالمسكن الشرعي حسب تعريف الفقهاء، المسكن المكتمل المرافق بين جيران مسلمين، خالي من سكنى الغير، و يكون مستقلا بمرافقه، تنفرد الزوجة بالسكن فيه للإستتار عن العيون.

و من الفقهاء من يعارض فكرة التمييز بين المسكن الفعلي و المسكن الشرعي عند الحديث عن مسكن الزوجية، فكل مسكن ترضاه الزوجة مكانا تقيم فيه مع زوجها فهو مسكن شرعي، ذلك لأن الأمر إنما يتوقف على رضى الزوجة بالمسكن الذي يعده لها زوجها، و قبولها الزواج يعكس بالضرورة قبولها الوضع المادي للزوج و لو كان متوسط أو فقير الحال.[2]

<u>3- المسكن العائلي</u> :

هو المكان المخصص لسكن العائلة أي الزوجين و الأولاد لتحقيق واجب الحياة المشتركة[3].

<u>مفهوم المسكن الزوجي بعد انقضاء العلاقة الزوجية</u>:

فبعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق، يفقد المسكن الزوجي وصفه كمسكن يأوي الزوجين و أولادهما حال قيام الزوجية ليتمحور في الغالب إلى :

1- <u>مسكن المطلق</u> :

و هو المكان الذي كان يقيم فيه الزوج و زوجته و أولادهما إقامة معتادة وقت الطلاق، و هو ما كان يسمي قبل الطلاق بمسكن الزوجية.

2- <u>مسكن العدة:</u>

يقصد بمسكن العدة منزل الزوجية الذي كانت تعيش فيه الزوجة قبل الفرقة. فليس للزوجة إن طلقت، أ ن تخرج منه حتى تنقضي عدتها من زوجها و لو أذن لها بالخروج أو السفر، لأن بقاءها في بيت الزوجية هو حق ا تعالى، فلا يملك الزوج إبطاله، لقوله تعالى: " **لا تخرجوهّن من بيوتهّن و لا يخرجّن إلاّ أن يأتين بفاحشة مبينة"**[1] و لقد عبر المشرع الجزائري عن مسكن العدة، باستعماله

---

[2]- بوقرة أم الخير، نفس المرجع، ص 11

[3]- هناك من أضاف ما يسمى بمسكن أو بيت الطاعة، و هو مصطلح غير موجود في التشريع الجزائري لكنه مصطلح شائع الاستعمال في مصر و يقصد به المسكن الذي يدعو الزوج زوجته بطاعته فيه عن طريق الإنذار بالطاعة

[1]- سورة الطلاق، الآية 1.

لمصطلح " المسكن العائلي" من خلال نص المادة 61 من ق.الأسرة، و قصد به المسكن الذي كان يأوي الزوجين و الأولاد حال قيام الزوجية.

3- مسكن الحضانة :

إن مسكن الحضانة هو ذلك المسكن المخصص للقيام بواجب الحضانة، من رعاية و تربية و حفظ الولد صحة و خلقا. و مسكن الحضانة طبقا للقانون الجزائري هو مسكن الزوجية، أي المسكن الذي أعده الزوج للإقامة فيه مع زوجته و أولاده قبل الطلاق، و ذلك في حالة ما إذا وقع طلاق الرجل لزوجته تعسفا، و لم يكن للمطلقة الحاضنة ولي يقبل إيواءها، فتعدد الأولاد المشمولين بالحضانة، و ثبت وسع ملكية الزوج المطلق لأكثر من مسكن واحد حسب المادة 52 من ق.الأسرة. أما في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في هذه المادة ، فإن مسكن الحضانة هو المسكن البديل الذي يلزم الزوج المطلق بإعداده

أو بأداء أجرته لتنوب عنه المطلقة الحاضنة في إعداده طبقا للمادة 72 من ق. [1]

و بالنسبة للقضاء الجزائري عند إطلاعنا على الأحكام القضائية أو قرارات المحكمة العليا فإن المصطلح الأكثر استعمالا هو " السكن المخصص لممارسة الحضانة" و هو يفيد نفس معنى مسكن الحضانة. [2]

الفرع الثاني : المواصفات لشرعية لمسكن الحضانة :

إن المشرع الجزائري و فقهاء الشريعة الإسلامية أكّدوا على وجوب توفير مسكن للزوجة و هو التزام يقع على الزوج أثناء قيام الزوجية مراعيا في ذلك وسعه و يمتد هذا الإلزام إلى ما بعد انقضاء تلك العلاقة الزوجية إذا كان لديهم أبناء

[1]– بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 14.
[2]– قرار 1999/02/16 – ملف 215212- المجلة القضائية 2000 العدد 1 – ص 181.
- قرار 1998/10/20 – ملف 204999 – المجلة القضائية 2000 العدد 2- ص 177
3- محمد عزمي البكري : موسوعة، ص 780

و أسندت الحضانة للأم، لكن المشرع الجزائري لم يذكر المواصفات الشرعية لمسكن الحضانة و ترك ذلك للفقه. إذ يشترط في مسكن الحضانة أن يكون مناسبا و مستقلا لكي تستطيع الحاضنة تربية و رعاية أبناءها و حفظهم صحة و خلقا و المواصفات التي ينبغي توفرها هي:

<u>1 - أن يكون مسكن الحضانة مناسبا :</u>

يشترط في المسكن الذي يوفره الزوج المطلق بغرض الحضانة، أن يكون مناسبا للمحضون و الحاضنة سواء، لتتمكن الحاضنة من أدائها لواجباتها نحو محضونيها على أكمل وجه، فينبغي أن يتم تزويده بكل متطلبات المعيشة من منقولات و خلافه[3] و التناسب يتلاءم و يسار الأب، إن كان يتعين أن اختياره للمسكن، لا يكون بقصد الإضرار بالحاضنة ووضعها الاجتماعي.[4]

معناه إذا كان الزوج غنيا فيمكنه توفير للحاضنة و لمحضونيها مسكن فخما مؤقت، أما إذا كان متوسط الحال أو فقير فيكتفي بتوفير لهم مسكن يكون متواضعا لكنه يحوي على كل المرافق الضرورية للعيش، كالمطبخ، الحمام، ...الخ وفقا للعرف و العادة.

و يدخل في مناسبة المسكن أيضا، المكان الذي يهيأ فيه المسكن، و عليه يلزم المطلق بتهيئة مسكن الحضانة في مكان الحضانة، أي في البلد الذي يقيم هو فيه ويجوز أن يهيئه في البلد الذي تقيم فيه الحاضنة الأم، شرط أن يكون هذا البلد هو الذي سبق أن عقد زواجه عليها فيه، أو في مدينة قريبة من محل إقامته هو بحيث يمكن مطالعة ولده، و الرجوع إلى منزله قبل الليل.أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلا يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن للحضانة في غير البلد الذي يقيم فيه المطلق إلاّ إذا حصل اتفاق على خلاف ذلك.[1]

4- بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 118.

[1]– محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 781.

2- أن يكون مسكن الحضانة مستقلاً :

يقصد بالمسكن المستقل، المسكن الذي لا يشارك فيه آخرون مع المحضونين و الحاضنة، و يعتبر شرعا مسكن قائم بذاته و لو كانت مرافقه الأخرى مشتركة.

و ضرورة استقلالية مسكن الحضانة، يراعى من خلالها مصلحة المحضون بحفظه صحة و خلقا، مما ينبغي عليه إسكانه في مكان آمن و بين جيران صالحين، خاصة إذا كان المحضون أنثى، و عليه فإعداد مسكن الحضانة يقاس بقدر إعداد مسكن الزوجية من حيث مواصفاته الشرعية، فالأمر يتعلق بالمحضون و رعاية الأسرة في المجتمع و إذا كان المشرع الجزائري قد أغفل في إسكان المحضون اشترط شرعية سكناه شأنها شأن المواصفات الشرعية المطلوبة في توفير السكن للإقامة الزوجية. [2]

و ما نلاحظه، أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمواصفات مسكن الحضانة لكن المشرع المصري كان صارما إذ أنه ألزم الزوج المطلق بتوفير للحاضنة و محضونيها السكن المستقل المناسب طبقا للمادة 18مكرر 3/1-2 ملحق القانون رقم 1985/100 المعدل لبعض أحكام الأحوال الشخصية.

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لهذا الحق :

الفرع الأول : معنى الحق :

اختلف الفقهاء كثيرا في تعريف الحق، فقد عرفه جانب من أنصار المذهب الفردي الفقيه سافيني savigny بقوله:" **أنه سلطة يقررها القانون لشخص معين في مواجهة الغير الذي يلتزم بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل"** و عرفه الفقيه اهرنج Ihering و أنصار المذهب الموضوعي في " **أنه مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون** " [1]

---

[2]– بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 119.

[1]–د/ إسحاق ابراهيم منصور: نظريتا القانون و الحق، ص 209.

و هناك تعريفات أخرى منها أن الحق هو سلطة أو قدرة يمنحها القانون لشخص من الأشخاص تحقيقا لمصلحة مشروعة يعترف له بها و يحميها، و هذا التعريف الأخير يعتبر محاولة للتوفيق بين التعريفين التقليديين للمذهب الفردي و المذهب الموضوعي.و التعريف الأرجح هو أن الحق " مزية أو قدرة يقررها القانون و يحميها، لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين (مادي أو أدبي) " [2]

1- أركان الحق هي:

أ/ الأشخاص: يقصد بهم أطراف الحق سواء كانوا طبيعيين أم اعتباريين، سواء كانوا أصحاب الحقوق أو من تقع عليهم واجباتهم.

ب/ المحل: يقصد به الأشياء التي يتعلق بها الحق سواء كانت تلك الأشياء مادية أو معنوية، و سواء كانت العلاقة بين صاحب الحق و محله مباشرة أو غير مباشرة[3]

ج/ الحماية القانونية: يقصد بها النص الذي يضمن لصاحب الحق الحصول على حقه و ممارسته و منع الغير من الاعتداء عليه.

د/ المضمون: يقصد به تلك المزية أو الإمكانية، أو السلطة على حد تعبير بعض الفقهاء التي يخولها النص القانوني لصاحب الحق.

هـ/ السبب: سبب الحق هو مصدره، و يقصد به الواقعة القانونية التي نشأ عنها الحق.[4]

2-أنواع الحق : تنقسم الحقوق إلى :

حقوق سياسية و حقوق مدنية، و الحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة و حقوق خاصة.

الحقوق العامة : هي الحقوق التي تثبت لكافة الناس و على قدم المساواة بينهم و يطلق عليها أيضا بالحريات العامة.

الحقوق الخاصة : يقصد بها قدرات قانونية يخولها القانون للأفراد و لكنها تختلف من شخص لأخر بحسب الحالة الشخصية أو الحالة المدنية لكل فرد على حدى.

الحقوق الخاصة تنقسم إلى حقوق عائلية و حقوق مالية.

---

[2]ـ د/ إسحاق ابراهيم منصور، نفس المرجع، ص 210.
[3]ـ د/ إسحاق ابراهيم منصور، نفس المرجع، ص 211.
[4]ـد/ إسحاق ابراهيم منصور المرجع السابق، ص 212.

فالحقوق العائلية أو حقوق الأسرة هي مزايا أو قدرات أو سلطات تقرها و تحميها قواعد قانون الأحوال الشخصية تـأسيسا على روابط عائلية، مثل صلة القرابة المباشرة و قرابة الحواشي و صلة الزواج و المصاهرة مثل حق الإرث، حق إنفاق الزوج على زوجته و حقوق الوصايا و الولاية و القوامة و غير ذلك. [1]

الحقوق المالية : يعبر عنها بالأموال لأنها تحقق لأصحابها مصالح يمكن تقويمها بالمال و الحقوق المالية تقسم إلى حقوق عينية و معنوية و شخصية.

الحقوق العينية : هي التي ترد على شيء مادي يخول صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء فيكون لصاحب الحق استعماله مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص أخر يمكنه من إستعمال حقه، فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق و الشيء موضوع الحق[2] و هي تنقسم إلى حقوق عينية أصلية و حقوق عينية تبعية.

الحقوق المعنوية : هي قدرة يقرها و يحميها القانون لشخص على إنتاجه الفكري أو الذهني، أو الأدبي أو الفني، أيا كان نوعه، فيكون له الاحتفاظ بنسبة ذلك الانتاج إليه و يحتكر المنفعة المالية التي تنتج من استغلاله.

الحقوق الشخصية : هي قدرة أو إمكانية مقررة قانونا لشخص على شخص آخر يكون ملتزما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء[3].

الفرع الثاني : حق السكن هو حق شخصي :

هناك من الفقهاء من جعل حق السكن حق عيني، لكن هذا الرأي يعاب عليه إذ حسب الدكتور عبد الرزاق السنهوري، عند تعريفه للحق الشخصي يقول أن الحق

---

[1] ـ د/ إسحاق ابراهيم منصور، نفس المرجع، ص 289.

[2] ـ د/ محمدي فريدة : مدخل للعلوم القانونية-نظرية الحق- ص 18.

[3] - د/ إسحاق ابراهيم منصور، مرجع سابق، ص 294.

الشخصي أو الإلتزام هو رابطة ما بين شخصين، دائن و مدين، بمقتضاه يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل[1].

الحق الشخصي أو الالتزام يشمل على روابط قانونية متعددة لا تقل عن أربع، فهناك إلتزام بالدين، و إلتزام بالعمل و إلتزام بالتوثيق و إلتزام بالعين[2].

و الإلتزام بالعين، هو إلتزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها، و أكثر حالات الإلتزام بالعين يكون مصدرها العقد[3] فإيجار العين بشيء التزاما على المؤجر بتمليك منفعة العين للمستأجر- و بالتالي فالإلتزام بالعين هو حق يتعلق بذات العين دون أن يكون حقًا عينيا أصليا[4].

و انطلاقا من هذا التعريف نجد أن حق السكن هو حق شخصي، لأن حق السكن المسند للحاضنة مقرر لها بحكم قضائي لممارسة الحضانة و ليس حقًا عينيا يقع على العقار بمفهوم أن الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات[5].

فلو فرضنا أن الزوج المطلق لديه مسكنا مملوكًا له و بعد الطلاق و بموجب حكم قضائي تقرر للحاضنة إسنادها هذا المسكن لممارسة الحضانة بعدها قام مطلقها ببيع ذلك المسكن لشخص آخر. فهل يجوز له ذلك ؟ و هل يمكن للحاضنة أن ترفع دعوى على مطلقها لإبطال عقد البيع، و خاصة أنه من جهة لدينا عقد ملكية المسكن للمطلق، و من جهة أخرى حكم قضائي يقضي بإسناد مسكن الحضانة للحاضنة ؟

إن المحكمة العليا في قرار لها أقرت أن حق الإسكان لممارسة الحضانة هو حق شخصي و أن هذا الحق لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال من الحقوق

---

[1]- د/ عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص 13.
[2]- د/ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 15
[3]- د/ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 16.
[4]- د/ عبد الرزاق السنهوري – نفس المرجع. ص 38.
[5]– د/ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 13.

التي تنتقل مع الملكية،و على المستفيد من هذا الحق استعمال طرق التنفيذ القانونية للحصول عليه[1].

فهناك من يرى أنه لا يجوز للمطلق بيع هذا المسكن، ذلك ببيعه للمسكن تكون نيته في ذلك هي حرمان المطلقة الحاضنة من الإنتفاع بالمسكن المسند إليها بموجب حكم قضائي و هي حالة تشبه الحالة التي أصدرت المحكمة العليا قرارا يذكر فيه أن مطلقة قد منحت سكنا لممارسة الحضانة، فقيام الزوج بهبة هذا المسكن لوالديه بعد صدور الحكم بالطلاق يعتبر تهريبا و احتيالا قصد حرمان الحاضنة من حقها مخالفا بذلك المادة 52 من ق.الأسرة[2]. لكن نحن نرى أنه طبقا للقانون و المنطق فإن المطلق يجوز له بيع المسكن؛ لكن ما هو مصير الحاضنة و المحضونين إذا قرر المشتري الجديد طردهم من المسكن؟

إن المشتري لا يمكنه طرد الحاضنة بحجة أنها شاغلة دون سند قانوني وذلك لأن لديها حكم قضائي أسند لها المسكن لممارسة الحضانة ، وهو سند له قوة في الإثبات (وما يمكن أن يقوم به المشتري هو أن يلجأ إلى القضاء و يرجع على البائع) أما عن الحاضنة فلا يمكنها إبطال عقد البيع الذي أبرمه مطلقها باعتباره مالكا للمسكن و له كامل حرية التصرف فيه، و بالتالي له أن يبيعه، و ما على الحاضنة إلا أن ترفع دعوى على مطلقها لكي يوفر لها مسكن آخر لممارسة الحضانة فيه أو توفير لها بدل إيجار مسكن، و يثبت ذلك بموجب حكم قضائي.

---

[1]- قرار صادر في 1986/09/22 – ملف 43594 نشرة القضاة، العدد 44 الوارد في مؤلف الدكتور نصر الدين مبروك: قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق 2004، ص 125.

[2]- قرار صادر في 1998/03/17 ملف رقم 179558 المجلة القضائية 2001 عدد خاص ص 210.

الفصل الثاني : أحكام تمتع المطلقة الحاضنة بحقها في المسكن و سلطة القاضي في إسناده لها أو منحها أجرة

رغم عدم تفصيل المشرع في سكنى الزوجية لكن القضاء الجزائري أثبت اجتهاده في هذا الصدد باعتماده على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. [1]

و أكّد على أن للزوجة حق في المسكن المستقل [2] و لها أن تطالب به حتى و لو لم تكن تحفظت به، حين عقدت النكاح أو سبق لها أن سكنت مع أقارب بعلها ثم اشتكت الضرر بسبب جوارهم [3] كما أن القضاء أقر هذا الحق و أكد على وجوب إسكانها مستقلة عن ضرتها و لو لم يثبت الضرر بمشاجرة و نحوها. و إسكان الزوجة منفردة واجب لها كوجوب النفقة، و عدم توفيره لها يعد من أسباب الإضرار بها. [4]

كما أن تلبية طلب الزوجة في الإنفراد بالسكن عن عائلة زوجها ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية [5] و إذا رفضت الزوجة الرجوع إلى زوجها شريطة توفير سكن مستقل عن أهل الزوج لا يعد نشوزا [6] و يستوجب في كل الأحوال مراعاة إمكانيات الزوج المادية و مدى قدرته على توفيره.

هذا فيما يخص تثبيت القضاء لحق الزوجة في المسكن المستقل أثناء الحياة الزوجية، أما بعد فك الرابطة الزوجية يثور إشكال كبير بسبب الفراغ القانوني الذي أدى إلى تضارب الأحكام والقرارات التي يصدرها قضاتنا. فهل يحق للمطلقة التي لها أبناء أن تحتفظ أو تتحصل على مسكن لممارسة الحضانة؟

و ما هي الشروط اللازمة للاستفادة منه؟ هذا ما سنتعرض إليه في هذا الفصل :

---

[1]– قرار 1985/11/04 ملف 38331، المجلة القضائية 1989، العدد 1 ص 101.
[2]– قرار 1998/05/19 ملف 189339، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 216.
[3]– قرار 1971/03/03 نشرة القضاء 1972، العدد 2، ص 35.
[4]– قرار 1986/01/13 ملف 39390، المجلة القضائية 1990، العدد 2، ص 62.
[5]– قرار 1997/05/13 ملف 159732، المجلة القضائية 1997، العدد 2، ص 100.
[6]– قرار 1999/02/06 ملف 213669، المحلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 219.

المبحث الأول : شروط تمتع المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية

إن القانون قد نص على بعض الشروط يجب توفرها لإستفادة الحاضنة بالمسكن باعتبار أنه ليس كل مسكن قابل للإسناد كما أعطى القانون للقاضي سلطة في إسناد هذا المسكن، و هذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : شروط إسناد المسكن للحاضنة :

إن عملية إسناد المسكن الزوجية للحاضنة بغرض قيامها بواجب الحضانة فيه، لا تتم إلا بتوافر مجموعة من الشروط أوجبها المشرع الجزائري في إطار ضمان حق السكن للمطلقة تعسفا، فمنها ما يتعلق بالحاضنة (لها حكم بالحضانة- عدم وجود ولي يقبل إيواءها) و منها ما يتعلق بالمحضون (تعدد المحضونين) و قدرة الزوج، و مراعاة أن لا يكون مسكن الزوجية وحيداً.

الفرع الأول : أن يكون للمطلقة حكم بالحضانة :

تنص المادة 52 من قانون الأسرة : " **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم المطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج. و يستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيداً. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها."**

إن الأصل أو مبدئيا تسند الحضانة إلى الأم لأنها أولى برعاية ولدها، و لكن الإشكال المطروح في الحياة العملية هو أنه قد لا تسند الحضانة إلى الأم بل تسند إلى أم الأم أو الخالة أو أم الأب، .... فهل يكون لهذه الحاضنات الحق في المسكن أم لا ؟

يمكننا القول أنه إذا أسندت الحضانة للأب فهو أولى بإعداد المسكن لممارسة الحضانة، باعتباره ملزما قانونا و شرعا بالنفقة على أبناءه، لكن إذا أسندت الحضانة لغيره فالوضع يختلف إذ أننا عند دراسة هذا النص: نفهم أن الحاضنة التي تستفيد من الحكم لها بحق البقاء في السكن هي أم المحضون دون سواها من الحاضنات اللواتي قد يتقرر لهن الحق في الحضانة، وفقا للترتيب الشرعي الوارد في المادة 64 ق .الأسرة، و هذا ما نستشفه من الفقرة الثانية : " **إذا كانت حاضنة ....**" هذه العبارة وردت مكملة للفقرة الأولى الخاصة بالتعويض في حالة الطلاق التعسفي و المشرع يعني بها المطلقة التي تقررت لها الحضانة و المطلقة لا تكون إلا أما للمحضون. [1]

و بالتالي يستثنى من تطبيق هذا النص كل امرأة أسندت لها الحضانة و لا يسري إلا على الحاضنة الأم بموجب حكم القضاء.

الفرع الثاني : أن لا يوجد ولي يقبل إيواءها :

يشترط لإقرار حق السكن للحاضنة أن لا يكون لها ولي تأوي إليه بمعنى التي تفقد وليها و ليس لها غيره يستقبلها و يؤمن لها مسكن، فإذا وجد من يضمن للحاضنة السكن مع محضونيها من أقربائها مثلا (العم، الخال، الأخ) أو غيرهم، فإنها لا تكون بحاجة إلى مطلقها ليضمن لهم السكن. [2]

و التساؤل المطروح هنا هو ما موقف المشرع في حالة ما إذا كان الولي هو الذي منع ابنته المطلقة من العودة إليه ؟

إن القول برفض الولي عودة من في ولايته إليه يجعل الأمر معقدا فيؤدي إلى إحداث نزاع بين المطلقة و أوليائها و بالتالي حسب هذا المعنى تصبح كل مطلقة بدون ولي، و هناك رأي يقول أنه إذا وجد الولي و كان رافضا لعودتها أجبرته المحكمة على ذلك بموجب نص المادة 77 ق .الأسرة التي تنص على أنه : " **تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج**

---

[1]– بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 84.
[2]– عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 267.

و درجة القرابة في الإرث." [3] لكن يعاب على هذا الرأي أنه من الصعب تصور المطلقة ترفع دعوى لإجبار وليها على إيواءها، و لم يسبق لنا أن صادفنا مثل هذه القضايا أمام المحاكم و ذلك نظرا لطبيعة المجتمع الجزائري بعاداته و تقاليده بأن ترفع امرأة دعوى على وليها، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإنه لو فرضنا أن تلك المطلقة الحاضنة تحصلت على حكم يجبر فيه وليها لإيوائها لكن رفض تنفيذ هذا الحكم فكيف تنفذه ؟ و هل نلجأ للغرامة التهديدية لتنفيذ الحكم مع العلم أن هناك مانع أدبي بين المرأة و وليها، و حتى لو فرضنا أن الولي نفذ الحكم مجبرا رغم أنه غير راض بذلك فإنه قد يأويها لمدة معينة فقط ثم تنشأ بينهما خلافات فتسوء المعيشة و ترغم حينئذ على مغادرة المسكن، و منه فإن تلك المطلقة الحاضنة في الحقيقة لا تريد إحداث نزاع و مشكل لوليها و لا تريد أن تعيش في وسط يسوده الكراهية بين أفراد العائلة فهي في غنى عنه، لأن ذلك يؤثر سلبا على المحضون، و إنما تريد أن تعيش مع وليها بالتي هي أحسن في مسكن يلائمه الهدوء و الراحة و الطمأنينة للمحضون.

كذلك المادة 77 ق .الأسرة تنص على أن النفقة تجب حسب القدرة والاحتياج، فإذا كان الولي فقير و غير قادر،يعيش مع باقي أسرته في بيت غير متسع به غرفتين، فكيف له أن يؤويها مع صغارها ؟ و كيف للمحكمة أن تجبره على ذلك؟ خاصة أن القدرة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي. كما أن النقد الموجه لهذا الرأي هو ما يتعلق بدرجة القرابة في الإرث، فهل الأب ينفق على أبناء ابنته ؟ فالجواب : لا، لأن عليه بالنفقة على ابنته فقط و ليس على أبناءها، و بالتالي كيف يمكن إلزام الولي بالنفقة على محضوني المطلقة الحاضنة مع أن والد المحضونين هو الملزم شرعا بالنفقة على أولاده و ليس وليها.

و الحقيقة أن الولي و إن قبل إيواء المطلقة ففي الغالب ما يرفض إيواء محضونيها [1]. بحجة أن الأبناء تحت مسؤولية المطلق، و هنا توضع المطلقة في موقف صعب و حرج في نفس الوقت، فإما أن تسكن مع أبويها و تترك الأولاد مع

---

[3]– دكتور بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 240.
[1]–د/ هجيرة دنوني: إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد 3 لـ 2000، ص 490.

أبيهم، و إما أن ترفض التخلي عن أولادها و بالتالي تهوم للبحث عن سقف يأويها و هي من الأمور الصعبة في الوقت الحالي.
و بالتالي و حسب رأيي فالمطلقة التي لها ولي يرفض إيوائها تأخذ نفس حكم من ليس لديها ولي، و عليه يحق لها أن تستفيد من مسكن لممارسة الحضانة فيه.

<u>الفرع الثالث</u> : <u>قدرة الزوج على ضمان المسكن</u> :

لكي يحكم القاضي للمطلقة بالسكن يجب عليه مراعاة حالة الزوج المطلق يسرا و عسرا، لقوله تعالى : " **و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفسا إلا وسعها.**" [1]

السؤال المطروح هو : هل معنى ذلك أن الزوج الذي ليس له مالا غير ملزم بضمان المسكن لمحضونيه ؟

فوسع الزوج وفقا للمادة 52 ق .الأسرة : "**... حسب وسع الزوج ...**" هي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق و خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، و أن المشرع الجزائري طبقا لهذه المادة قرر ضمان السكنى للمطلقة الحاضنة، مستوجبا مراعاة حال الزوج المطلق المادية، فإذا كان الزوج ملزما بالإنفاق على زوجته حال قيام الزوجية بينهما في حدود سعته (المادة 37 ق .الأسرة) فمن باب أولى أن يلزم بإسكانها بمراعاة نفس الضابط بعدما أن صارت حاضنة لأولادها منه.

لكن ما يعاب على هذه المادة هو كيف يمكن القول أن الحاضنة يسقط حقها في السكن إذا لم يكن الزوج المطلق قادرا ماديا لضمانه لها، وأنه إذا أطلقنا العنان لمعنى " وسع الزوج" فإن كل الرجال المطلقين لأزواجهم سيدعون إعسارهم و عدم قدرتهم المادية لتوفير السكن وهي طريقة لتهربهم من مسئوليتهم و الأجدر أن نقول بأن السكن هو من عناصر النفقة و واجب يقع على عاتق الزوج، و هو حق مقرر للحاضنة بالتبعية للمحضون و بالتالي يمكنها مطالبة أب المحضون بتوفيرها السكن، فإذا تعذر عليه ذلك طالبته بأجرته طبقا للمادة 72 ق .الأسرة

---

[1]– سورة البقرة، الآية 233.

و بالتالي فلا يمكن إعفاء الأب من التزامه و هو التكفل شرعاً و قانوناً بالإنفاق على أبناءه و هو حكم جاء لمصلحة المحضون، و أن القاضي يجب عليه مراعاة هذا المعيار بدقّة لأنه معيار مرن.

الفرع الرابع : أن لا يكون مسكن الزوجية وحيدا :

لقد أوجب المشرع الجزائري عند تقرير الحق في السكن للمطلقة الحاضنة استثناء مسكن الزوجية إن كان وحيدا، بالنص على ما يلي : " **و يستثني من القرار بالسكن مسكن الزوجية للحاضنة بشرط ألا يكون وحيدا** " أي أن يكون للزوج المطلق أكثر من مسكن واحد حتى يتسنى الإسناد. و هذا المسكن الآخر ينبغي أن يتوفر على كل المواصفات الشرعية، الذي سبق لنا شرحه في الفصل الأول.

فلا يتقرر للحاضنة هذا الحق دون إثبات وفقا للمادة 52 ق أسرة [1] هذا و يعود الإختصاص في منح السكن لممارسة الحضانة للمحكمة الناظرة في الأحوال الشخصية، نظرا لما تتمتع به من تقدير إقرارها بذلك من عدمه.

و من الوسائل القانونية التي يمكن استعمالها للتأكد من ملكية الزوج المطلق لأكثر من سكن، اعتراف الزوج المطلق شخصيا بملكيته لمسكن ثان زائد عن المسكن الزوجي [2] لكن نادرا جدا أن يحدث ذلك، كما يمكنها إثبات حيازة الزوج المطلق لأكثر من سكن من خلال محضر إثبات حالة، و يقع عبء الإثبات على الحاضنة إعمالا بالقاعدة " البينة على من ادعى" و في الغالب ما تعجز عن إثبات ادعائها مما يفقدها حق البقاء في السكن الزوجي، و بالتالي يجعل الحكم للمطلقة بالسكن مستحيلا استحالة مطلقة، لأنه غالبا ما يتهرب المطلق من أداءه لواجب الإسكان حتى بعد صدور الحكم بتخصيصه السكن للحاضنة و محضونيها بالتصرف فيه كبيعه بيعا صوريا لأحد أقاربه أو وهبه لهم، و لقد اعتبرت المحكمة العليا أن

---

[1]– قرار 1991/04/23 ملف 73949، المجلة القضائية 1994، العدد 1، ص 49
. – قرار 1999/06/15 ملف 223834، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 225.
[2]– قرار 1993/04/27 ملف رقم 105366 المجلة القضائية 1994، عدد 2 ، ص 88.

قيام الزوج المطلق بهبة لوالديه الطابق السفلي من فيلا الذي منح للحاضنة بعد صدور الحكم بالطلاق و بتخصيص الحاضنة هذا الطابق لممارسة الحضانة فيه يعتبر تهريبا و احتيالا بقصد حرمان الحاضنة من ممارسة الحضانة فيه. [3]

و أمام هذه الوضعية يمكننا أن نقترح لتعديل هذه المادة 52 من ق أسرة، أن يتم جرد ممتلكات الزوجين و أن يقوم القاضي بالتحقيقات لمنع الزوج المطلق إتيان أي تصرف لحرمان الحاضنة من حقها، و كذلك وضع عقوبات جزائية في حالة الإخفاء العمدي للزوج المطلق للسكنات المملوكة له بغرض حرمان الحاضنة من المسكن، مثلما هو الحال بالنسبة لجريمة عدم تسديد النفقة، ترك الأسرة، الإمتناع عن تسليم الطفل، هي جرائم منصوص و معاقب عليها في قانون العقوبات لها علاقة بقانون الأسرة.

الفرع الخامس : تعدد المحضونين :

السؤال المطروح في هذا المقام هو هل المطلقة الحاضنة لطفل واحد يحق لها الإستفادة من السكن، أم يشترط عدد معين من الأطفال لكي تستفيد منه ؟

فلضمان إسكان المطلقة الحاضنة ذكر القانون ضرورة تعدد المحضونين فاستعمل المشرع الجزائري صيغة الجمع في المادة 52 ق .الأسرة بالنص على أنه :

"**......يضمن حقها في السكن مع محضونيها ....**" و باللغة الفرنسية :

.il lui est assure ainsi qu'a ses enfants, le droit au logement....."

و بالرجوع إلى الفقه فهو يرى أن تكون المطلقة حاضنة قانونًا لثلاثة أولاد فما فوق لأنه إذا لم يكن محكوم لها بحضانة مثل هذا العدد من الأولاد، فلا يجوز للمحكمة أن يحكم لها بضمان المسكن مع المحضونين. [1]

و النقد الذي نوجهه لهذه المادة هو أنها لم تتطرق للحاضنة التي لها طفل واحد، فلماذا ربط المشرع مصير هذا الطفل بضرورة التعدد في حضور نص المادة 72 ق .الأسرة، التي تقر صراحة السكن كحق مستقل للمحضون عن باقي

---

[3]– قرار 1998/03/17 ملف 179558، المجل القضائية 2001، عدد خاص، ص 210.

[1]– عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 267.

النفقات المعيشية ؟ حيث تنص على ما يلي : نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيأ له سكنا، و إن تعذر فعليه أجرته.

إن الفرقة بين الزوجين غالبا ما تحدث في السنوات الأولى قبل الإنجاب أو بعد إنجاب طفل واحد، و نادرا ما تحدث بعد إنجاب 3 أبناءأو أكثر، فهل معنى ذلك أن المطلقة الحاضنة لطفل واحد تفقد حقها في السكن طبقا للمادة 52 ق أسرة ؟ و كيف سيواجه القاضي هذه الوضعية ؟

حسب المادة 52 من ق .الأسرة فإن هذا العدد سيضيق من نطاق تطبيق النص إن لم نقل سيجعل المادة غير قابلة للتطبيق.

و لقد اعتبرت المحكمة العليا أن حق المحضون في تهيئة السكن له من طرف والده، هو حق أقرته المادة 72 ق .الأسرة على مال الوالد إن لم يكن للمحضون مالا و الإنفاق عليه واجب على الأب إلى بلوغ الرشد للذكر و إلى الدخول للأنثى طبقا لما تقتضي به المادتين 75 و 78 ق أسرة، بغض النظر عن عدد المحضونين[1] في حين اشترطت المادة 2/52 ق الأسرة، تعدد المحضونين فهذا التضارب بين المادتين 2/52 ق أسرة، 72 ق أسرة جعل الأمر صعبا بالنسبة للقاضي في إسناد المسكن للحاضنة أو إلزام المطلق بتهيئة السكن أو دفع أجرته.

هذا التناقض من إحدى دواعي المناداة بتعديل قانون الأسرة لضمان إسكان المحضون و عدم إهدار حقوقه الشرعية، و في اعتقادنا أن هذا الشرط الوارد في المادة 52 منتقد و التعديل المقترح هو : " **........ يضمن حقها في السكن مع محضونها أو محضونيها ....**"[2] و ما نراه نحن هو أن الحاضنة سواء كان لها طفل واحد أو ثلاثة أو أربعة أطفال، فهي في أمس الحاجة لمكان و مسكن تمارس فيه حضانة ابنها أو أبنائها لأن هذا الحق مقرر لمصلحة المحضون، لرعايته و حفظه و بالتالي من المفروض أن تستفيد المطلقة التي تكون حاضنة لثلاثة أطفال أو لطفل واحد، و في هذا السياق إذا كان الفقه قد اتفق مع المشرع في

[1]- قرار 1993/04/27 ملف رقم 105366 المجلة القضائية 1994، العدد 2، ص 88.
[2]- بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 86.

ضرورة تعدد المحضونين لضمان إسكان المطلقة الحاضنة، إلا أنه يتعارض حتما مع ماذهب إليه القضاء من تفسير للتعدد الوارد في النص القانوني، إذ أن المحكمة العليا نقضت قرار القاضي برفض طلب الحاضنة لمسكن للحضانة أو أجرته إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين لأن قانون الأسرة لا يوجد به مثل هذا الشرط. [3]

المطلب الثاني : سلطة القاضي في إسناد مسكن الحضانة.

إذا وقع الطلاق بين الزوجين و بينهما أبناء، فإن النزاع يثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية، هل تنفرد به المطلقة و محضونيها أو ينفرد به المطلق باعتباره صاحب الحق في المسكن ؟

و هل معنى ذلك أن كل مسكن زوجي قابل الإسناد للمطلقة الحاضنة مهما كان أم أن هناك حالات لا يجوز فيها للقاضي إسناد ذلك المسكن لها ؟ هذا ما سنعرفه إذ يجب التمييز بين ما إذا كان مملوكا لأحد الزوجين، أو مؤجرا أو مشغولاً بسبب العمل.

الفرع الأول : صور المسكن الزوجي :

أولاً : إذا كان المسكن الزوجي مملوكًا :

إذا كان المسكن الزوجي مملوكا، وجب احترام هذه الملكية بغض النظر عن المالك، فملكية هذا المسكن و الذي سبق تخصيصه للإقامة الزوجية قد تعود لأحد الزوجين أو للغير.

1- حق الملكية لأحد الزوجين :

نقول مسكن الزوجية إذا كان محلا للتسليم، على اعتبار أن أمره مرتبط ارتباطًا مباشراً بقاعدة استقلال ذمم الزوجين، و تطبيقا لهذه القاعدة، يعود السكن إلى الزوج الذي يكون معه سند ملكية.[1] بمعنى أن هذه القاعدة لها الدور الفاصل في

---

[3]– قرار 1994/11/29 ملف رقم 112705، المجلة القضائية 1995، العدد 1، ص 140.

[1]– د/ هجيرة دنوني، مرجع سابق، ص153.

عملية إسناد المسكن الزوجي، و ملكية المسكن إما أن تعود للزوجة و إما أن تعود للزوج.

فإذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوجة ملكية تامة، احتفظت به لنفسها و تكون بذلك قد ضمنت إيواء أولادها بعد طلاقها.

أما إذا كان المسكن الزوجي مملوكا للزوج ملكية تامة، استوجب استثناءه من عملية الإسناد إذا كان وحيداً طبقا للمادة 52 ق .الأسرة، لأن هذا النوع من السكن لا يجوز لأي كان التصرف فيه لأنه ملكية صاحبه، و من ثم يخرج عما هو منصوص عليه في المادة 467 من القانون المدني. [1]

و ما يمكن ملاحظته أن المادة 52 من قانون الأسرة لما استثنت من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا، لم تشترط فيه أن يكون مملوكا أو مؤجرا للزوج بل جاءت صياغة المادة عامة دون قيد، كما أن هذه المادة (52 ق أ) لم تلغ من الوجود القانوني نص المادة 467 من ق م التي بقيت سارية المفعول. [2]

<u>2- حق الملكية للغير</u> :

قد يكون المسكن الذي خصص للإقامة الزوجية مملوكا لأهل أحد الزوجين و يقيم فيه الزوج على سبيل التسامح أو الإعارة، فإذا كانت ملكية المسكن الزوجي تعود لأهل الزوج، كأب الزوج أو أمه أو أخته، يستثنى من عملية الإسناد، لأن هذا النوع من السكن، أمر التصرف فيه لممارسة الحضانة لا ينسجم لا مع نصوص قانون الأسرة، و لا مع نصوص القانون المدني، و لا مع الأخلاق و العادات و التقاليد، بحيث لا يعقل أن تطلق امرأة من رجل و تبقى تمارس حضانة أولادها عند أهله، و نفس الوضع ينطبق على مسكن الزوجية إذا كان مملوكا لأهل الزوجة [3].

<u>ثانيا : إذا كان المسكن الزوجي مستأجراً</u> :

إذا كان المسكن الزوجي مستأجرا، تطرح على القاضي عملية الإسناد الصعبة، فإذا فصل في قضية الطلاق و الحضانة استوجب عليه تعيين من ينتفع من

---

[1]ـد/ نصر الدين مبروك : قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، سنة 2000، عدد 3، ص 315.

[2]ـ بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 91.

[3]ـد/ نصر الدين مروك: المرجع السابق، ص315.

الزوجين بحق الإيجار باعتبار أن مسكن الزوجية من توابع الطلاق، إذ تنص المادة 2/467 من القانون المدني : " **و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار.**"

و قد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا في 31/ 1984/12 رقم 34849جاء فيه[4] ما يلي :" متى كانت أحكام المادة 467 ق م صريحة في النص على اختصاص القاضي الذي يفصل في دعوى الطلاق و الفصل في موضوع سكن الحضانة و تقرير بحق الانتفاع، و نتيجة لذلك فإنه ليس لأي قاض أن يحكم من جديد بتقرير حق الانتفاع بالسكن أو باستبداله أو مراجعة الحكم الذي فصل فيه القاضي الذي قضى بالطلاق، خاصة و أن الحكم بتقرير حق السكن كان أثر من آثار الطلاق، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد انتهاكا لأحكام المادة المشار إليها و خرقا لمبدأ قوة الشيء المقضي به و تجاوزا للسلطة في نفس الوقت."

و قبل أن يحكم قاضي الأحوال الشخصية بحق الإيجار لا بد أن يراعى الشروط التالية :

أولا : أن تكون العلاقة الزوجية قائمة ثم يحصل الطلاق بين الزوجين.

ثانيا : أن يكون الزوجان مقيمين في السكن قبل طلاقهما، و يكون لأحدهما سند إيجار، لأنه إذا كان المحل الزوجي باسم الغير، كوالد الزوج أو والد الزوجة مثلا فلا يجوز للقاضي أن يمنح حق الإيجار لأحد الزوجين، و قد كرست المحكمة العليا هذا الأمر في قرارا صادر عنها بتاريخ 1984/12/03 ملف رقم 34397، إذ ورد فيه : " **لما كانت المادة 467 ق م التي تخول للقاضي الذي يصرح بالطلاق إعطاء السكن الزوجي للزوج الذي أسندت إليه حضانة الأولاد أخذت في اعتبارها أن السكن المذكور مؤجر و أن تأجيره باسم أحدهما، أما إذا كان باسم الغير فإنه ليس لأحدهما أن يستفيد منه تحت ظل نص هذه المادة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، و لما كان القرار المطعون فيه قد قضي بمنح السكن المؤجر باسم أم الزوج للزوجة المطلقة، فإنه بهذا القضاء قد خرق أحكام المبدأ**

[4]– قرار صادر في 1984/12/31 ملف 34849.م ق لسنة 1989 عدد 4 ص 111

المتقدم و متى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطعن لمخالفة هذا المبدأ."[1]

أما إذا كان عقد الإيجار باسم الزوج ووقع الطلاق، فإنه يجوز للقاضي أن يمنح حق الإيجار للمطلقة الحاضنة مؤقتا، و يسترجع بعدها الزوج السكن بانتهاء الحضانة أو سقوطها شرعا، و لا يمكن للمطلقة أن تتمسك بحق البقاء لأنها تعتبر شاغلة دون سند قانوني.

ثالثا : أن يكون للزوجين أولاد، لأن منح السكن يكون بسبب ممارسة الحضانة[1] هو حق مؤقت مرتبط بمدة الحضانة القانونية فقط.[2]

و تجدر الملاحظة بصدد تطبيق المادة 467[2/] ق م إلى ما يلي:

1-أن الأمر جوازي بالنسبة للقاضي، فله كامل الساطة التقديرية في تعيين المنتفع من الزوجين بحق الإيجار من عدمه،و ذلك مع مراعاته شروط المادة 52 ق.أ

2-أن هده المادة تخول للقاضي الذي يصرح بالطلاق، إعطاء السكن الزوجي للزوج الذي أسندت له حضانة الأولاد، أخذت في اعتبارها أن السكن المذكور مستأجر باسم أحد الزوجين، أما إذا كان باسم غيرهما، فإنه ليس لأحدهما أن يستفيد منه.

3-أن حق الإنتفاع بالسكن الزوجي المؤجر و المقرر للمطلقة الحاضنة، لتقوم فيه بشؤون الحضانة، حقا مؤقتا نظرا لأنه مرتبط بمدة الحضانة القانونية فقط.

أما إذا كان المسكن مستأجر لدى ديوان الترقية والتسيير العقاري فإن المادة 2/12 من المرسوم 147/76 نصت أنه في حالة الطلاق يؤول حق الإيجار وحق البقاء بالعين المؤجرة للزوج المعين من قبل القاضي طبقا لأحكام المادة 2/467 ق م وقد أشار القضاء إلى ذلك في قراره صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993[3]/09/26

ثالثا : إذا كان المسكن الزوجي مشغولا بسبب العمل :

---

[1]- بن رقية بن يوسف: محاضرات الإيجار المدني و التجاري في التشريع الجزائري، الملقاة على طلبة القضاة ، الدفغة الثانية عشربالمعهد الوطني للقضاء، جوان 2003، ص 74.

[1]- بن رقية بن يوسف: محاضرات الإيجار المدني في التشريع الجزائري، ص 75

[2]- المرسوم 147/76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري.

[3]– بن رقية بن يوسف، المرجع السابق، ص 83.

قد يكون المسكن الزوجي مشغولا بسبب العمل كتلك المساكن التي تعطيها الدولة لموظفيها أو تعطيها الشركات للعاملين فيها أثناء فترة عملهم مثال القضاة، الضابط، المعلمين، .... الخ .فلا حق في البقاء بالأمكنة للأشخاص الذين كانوا يشغلونها بموجب سند تابع لعقد العمل ثم انتهى ذلك العقد. و المادة 8/517 من القانون المدني استعملت عبارة سند تابع لعقد العمل، فما هو الحكم إذا كان الشخص موظف ؟

كما هو معلوم أن الموظفين يخضعون للمرسوم التنفيذي رقم 10/89 المؤرخ في 7 فيفري 1989 و المتعلق بالسكنات الوظيفية، و قد نصت المادة 8 منه على أن عملية التنازل عن هذه السكنات هي مؤقتة، يمكن سحبها في أي وقت كما أن مدة الإنتفاع بها مؤقتة، لأنها مرتبطة بالوظيفة. [1]

فالقول ببقاء المطلقة الحاضنة في المسكن الزوجي متى كان للزوج المطلق مسكنا ثاني، لا ينطبق على المسكن المشغول بسبب العمل، كونه ليس مملوكا و لا حتى مؤجراً، و تقرر للمطلق بوصفه موظفا له حق السكن فيه فحسب و السكن في هذه الحالة مرهون بالعمل الذي يؤديه الموظف، و هو في الحقيقة إمتداد لمكان العمل أي منح للموظف شخصيا ليكون عن مقربة من العمل ليتمكن من أداء عمله كما ينبغي[2] فإن توقف عن العمل أو تم فصله أو تسريحه، فقد بالتبعية الحق في هذا السكن.

و بالتالي هذا النوع من السكن لا يجوز للقاضي تقرير حق بقاء الحاضنة فيه.

المطلب الثالث : أجرة مسكن الحضانة

في حالة تعذر إسناد المسكن للحاضنة و هو الأصل يتعين على القاضي إلزام الزوج المطلق بأدائه للحاضنة أجرة مسكن الحضانة مراعيا احترام الشروط الواردة في نص المادة 72 ق .الأسرة : " **نفقة المحضون و سكناه من ماله، إذا**

---

[1]- المنشور الوزاري رقم 4585المؤرخ في 1992/11/11 و المتعلق بالاستفادة بالسكنات للوظيفة ذكره بن رقية بن يوسف في " محاضرات : الإيجار المدني و التجاري" الملقاة على الطلبة القضاة 2002-2003، ص 89.

[2]- قرار صادر في 1995/10/16، مجلة قضائية 1995، العدد 2، ص 114.

كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيأ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته." كما أن تقديرها تضبطه أحكاما خاصة يجب مراعاتها.

<u>الفرع الأول</u> : <u>موقف الفقه و القانون</u> :

إن إلتزام الأب بالنفقة على أولاده الذين لا مال لهم لا خلاف فيه شرعا والسكنى من مشتملات النفقة و تجب بالضرورة على الولد، لكن إختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة أجرة مسكن الحضانة، و مدى وجوبها لمستحقها أما المشرع الجزائري كان صريحا في إلزام الأب بأجرة مسكن الحضانة حال غياب المال للمحضون.

<u>أولا</u> : <u>موقف فقهاء الشريعة الإسلامية</u> :

<u>رأي فقهاء المذهب الحنفي</u> :

اختلفت آراءهم حول استحقاق الحاضنة لأجرة مسكن الحضانة، على أساس التمييز بين ما إذا لم يكن للحاضنة مسكن و ما إذا كان لها مسكن فتستحق الحاضنة أجرة مسكن الحضانة إذا لم يكن لها مسكن أما إذا كانت حائزة لسكن ما فتلزم بحضانة الولد فيه و يسكن تبعا لها فلا تستحق أجرة المسكن.

<u>رأي فقهاء المذهب المالكي</u> :

لم يفرقوا بين الحاضنة التي لها مسكن و تلك التي ليس لها مسكن و أجمع جمهورهم على أن سكنى الصغير على والده أو من عليه نفقته إلا الرضيع مدة الرضاعة، فقال البعض أنه لا سكنى له على أبيه فيكون سكناه على من يكون عندها.[1] فأجرة مسكن الحضانة الذي يحضن فيه الولد تجب على من تلزمه نفقته، لأن هذا متعلق بالنفقة على الولد، فلزم من يقوم بالإنفاق عليه، هذا فيما يتعلق بمسكن المحضون، و إن كان للحاضنة مسكن تحضن فيه الصغير و يعين القاضي القدر من الأجرة الذي يتحمله ولي المحضون و هو في هذا يراعي مختلف الظروف و يحقق العدالة ما

---

[1]- د/.عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهًا و قضاءًا.ص 386.

أمكن و يجب أن يأخذ بعين الإعتبار بأن الحاضنة لا تتحمل شيئا في المسكن الخاص بالولد لم تكن تتحمله لو لم يكن الولد معها. [2]

ثانيا : موقف المشرع الجزائري :

لقد ألزم المشرع صراحة الأب بتهيئة السكن للمحضون، و إن تعذر فعليه بأجرته فذكر في المادة 52 ق أ" **... يضمن حقها في السكن مع محضونيها...**" مرجحا بذلك الحق في السكن بالدرجة الأولى للحاضنة، غير أنه عند دراسة نص المادة 72 ق أسرة : " **.... نفقة المحضون و سكناه...**" يخلص إلى أن مسكن الحضانة حق مقرر صراحة للمحضون بالدرجة الأولى، و أن الحاضنة إنما تستحقه بالتبعية للمحضون. فلولا وجود المحضون في ظل العلاقة الزوجية المنفكة، لما استحقت المطلقة الحاضنة تقريرها حق البقاء في المسكن الزوجي، فالمسكن ليس من حق الحاضنة كما جاء في المادة 52 من قانون الأسرة و إنما حق للمحضون. [1]

و يتبين من نص المادة 72 من قانون الأسرة أن نفقة الحضانة تجب في مال المحضون إذا كان له كما لو كان وارثا، أو يكون موهوبا له، أو موصى له بأموال من قبل الأقارب، و إلا ففي مال أبيه، أو من يكلف بنفقته عند عدم وجود الأب أو إعساره. [2]

لكن عمليا لما يعرض على القاضي نزاع تطالب فيه المدعية من مطلقها نفقة شهرية لأبناءها المحضونين (كأن يكون لديها 4 أبناء تطالب مثًلا 1000 د ج لكل واحد) بالإضافة إلى بدل إيجار مسكن لممارسة الحضانة (مثلا 3000 د ج يدفع شهريا) وفقا للمادة 72 قانون الأسرة.

- هنا القاضي يجد نفسه أمام مادتين : المادة 72 و المادة 78 من قانون الأسرة. فكيف يحكم لها بالأجرة ؟ هل يحكم لها بنفقة واحدة تتضمن مبلغ الأجرة في النفقات المعيشية للأبناء المحضونين طبقا للمادة78 التي تنص: "تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة."

أم أنه يحكم بأجرة المسكن مستقلة عن النفقات الأخرى طبقا للمادة 72 التي

---

[2]– د/.عبد العزيز عامر، نفس المرجع، ص 387.

[1]– د. هجيرة دنوني، مرجع سابق، ص 488.

[2]– د.بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ص 387.

تنص :" نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مالاً، و إلا فعلى والده أن يهيأ له سكنًا، و إن تعذر فعليه أجرته." ؟

و كأن المادة 78 جعلت أجرة المسكن مشمولة و تدخل في مضمون النفقة المعيشيةبينما المادة 72 كأنها فصلت بين النفقة المعيشية للمحضون و أجرة السكن.

والأرجح حسب رأينا أن القاضي في هذه الحالة يحكم بنفقة شهرية للأبناء المحضونين (1000 د ج لكل واحد منهم) و هي النفقة المعيشية (الغذاء الكسوة العلاج) و يحكم لها بالإضافة إلى ذلك ببدل إيجار مسكن لممارسة الحضانة(3000 د ج شهريا).

كما أن القضاء الجزائري قد قرر للحاضنة أجرة المسكن حتى و لو كان لها مالا، أو كانت عاملة[1] أو كان لها ولي يقبل إيوائها، أو أنها عجزت عن إثبات ملكية الزوج المطلق لأكثر من مسكن.

ففي هذه الأحوال كلها لا تفقد الحاضنة الحق في مطالبة أب المحضون بأجرة مسكن الحضانة، على أساس أن هذه الأجرة تعتبر عنصرا من عناصر النفقة و هي من التزامات الأب اتجاه أولاده المحضونين[2]، إلا أن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و يتضح هنا أن القضاء الجزائري طبق أحكام المذهب المالكي، من جعل نفقة سكن المحضون على الوالد، بغض النظر عن حيازة الحاضنة للسكن من عدمها[3]

أما المشرع المصري فذهب إلى إلزام القاضي بتخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، و بين أن يقدر لها أجرة مسكن مناسب للمحضونين، لأنه قد يكون للحاضنة مكان عند أهلها أو مسكن خاص بها تفضل الإقامة فيه و خشية من سقوط حقها في أجرة مسكن الحضانة، ضمن لها القانون هذا التخيير في المادة 18 مكرر 3/3 من ملحق القانون رقم 1985/100 المعدل لبعض أحكام الأحوال الشخصية[4].

---

[1]- قرار صادر في 1998/04/21 ملف 189260 م ق، عدد خاص لسنة 2001، ص 213.

[2]-- د/ الغوثي بن ملحة – مقال: Réflexions sur un débat public autour du code de la famille جريدة : El watan – في 1999/12/13 – رقم 2739 – ذكر أن اقضايا المتعلقة بالنفقة، بدل إيجار مسكن لممارسة الحضانة من الأمور التي ينبغي على القاضي أن يفصل فيها على وجه السرعة لأنها متعلقة بمصلحة المحضون، فيحكم بالنفقة مع الأمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة و الإستئناف

[3]- بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 106.

[4]- محمد عزمي البكري، مرجع سابق، ص 783.

<u>الفرع الثاني : المعايير المعتمدة لتقدير الأجرة :</u>

إن المشرع قد ألزم أب المحضون بتوفير مسكن الحضانة أي تنفيذ التزامه عينا طبقا للمادة 52 من قانون الأسرة، فإن تعذر ذلك حكم عليه بأجرة المسكن أي بما يقابله من مال، لكن السؤال الذي ينبغي طرحه : كيف يقوم القاضي بتحديد أجرة المسكن أو ما هي المعايير التي يعتمد عليها في تقدير هذه الأجرة ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه فيما يلي :

إن أجرة مسكن الحضانة يخضع في تقديرها إلى اعتبارات و معايير موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، تتمثل هذه المعايير في :

<u>أولا : المعيار المادي :</u>

يقصد به الحالة المادية للأب، إذ يجب أن تتناسب أجرة المسكن و درجة يساره دون النظر إلى المقدار الفعلي للأجرة الشهرية و بذلك يكلف الأب في حدود طاقته فقط، لقوله تعالى: " **لينفق ذو سعة من سعته، و من قدر عليه رزقه، فلينفق مما أتاه ا .**" [1] و لا يجوز أن يكون تقدير أجرة مسكن الحضانة ـ فيه إثراء للحاضنة و المحضون على حساب الوالد، حتى لا يكون سببا في الإضرار بأبيه، لقوله تعالى : " **لا تضار والدة بولدها و لا مولود بولده** " [2] فعلى القاضي لما يعين الأجر الذي يتحمله ولي المحضون أن يراعي مختلف الظروف. [3]

<u>ثانيا : المعيار المكاني :</u>

يجب عند تقرير أجرة مسكن الحضانة، مراعاة ظروف الإسكان في المكان الذي يتواجد به مسكن الحضانة، فقد تكون الأجرة مرتفعة أو متوسطة القيمة بحسب المكان المتواجد به المسكن، مثلا المسكن المتواجد بوسط المدينة (كالعاصمة) أجرته تفوق بكثير أجرة المسكن المتواجد بقرية نائية.

<u>ثالثا : المعيار الزمني :</u>

يقصد به مراعاة زمن استحقاق أجرة مسكن الحضانة، فطبقا للقاعدة العامة في تقدير النفقة تستحق الأجرة من يوم رفع الدعوى مع جواز الحكم بها لمدة لا تتجاوز سنة

---

[1]– سورة الطلاق، الآية 7.
[2]– سورة البقرة، الآية 233.
[3]– د. عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 387.

قبل رفعها ، (المادة 80 ق أسرة)، لكونها من عناصر النفقة، و يجوز مراجعة هذه الأجرة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة بشرط مضي سنة من الحكم بها (المادة 79 ق .الأسرة)[4]

فبدل إيجار المسكن التي كان يتراوح ما بين 2000 و 2500 دج شهريا في وقت مضى أصبح الآن بدل إيجار نفس المسكن لا يقل عن خمسة أضعاف المبلغ السابق[5]

رابعا : معيار تعدد المحضونين :

هناك من يقول أن لعدد المحضونين دخل في تقدير الأجرة الخاصة بالمسكن لأن ما يكفي لسكنى صغيرين أو ثلاثة قد لا يكفي إذا زاد عدد المحضونين لسكنى خمسة مثلا، و ذلك مع مراعاة ظروف كل قضية على حدى.[1]

فكل هذه المعايير ينبغي على القاضي أن يستعملها و يأخذها بعين الإعتبار لحل النزاع بمعنى أن المطلقة لما ترفع دعوى أمام المحكمة تطالب ببدل إيجار مسكن لممارسة الحضانة، يجب على القاضي أن يراعي كل الظروف، كالراتب الذي يتقاضاه المطلق و ارتفاع الأسعار من زمن لآخر بل من سنة إلى أخرى، وعدد الأبناء المحضونين و مقدار نفقة الغذاء و الكسوة و العلاج، بالإضافة لأجرة المسكن، كل ذلك بهدف إقامة نوع من التوازن و عدم المساس لا بحق المطلق و لا بحق المحضونين[2].

الفرع الثالث : تحديد العلاقة الايجارية :

---

[4]– قرار صادر في 1996/04/23، ملف رقم 136604 مجلة قضائية السنة 1997، العدد 2، ص 89.

[5]- أما عن تقدير أجرة مسكن الحضانة طبقا للقانون المصري، فيراعي فيها إضافة إلى الظروف المذكورة أعلاه، حال المحضون و سنه، و حال الحاضنة بالنسبة لما إذا كان لها مسكن مملوك أو تنتفع بمسكن معين، مذكور في بوفرة أم الخير، مرجع سابق،ص 110.

[1]- عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 398.

[2]مثال : الأب المطلق يتقاضي 20.000 دج شهريا له ثلاثة أبناء محضونين من طرف أمهم، فيحكم القاضي 1500 دج لكل محضون و 3000 دج أجرة مسكن، فيكون الحاصل : 4500 دج + 3000 دج = 75000 الباقي:12500 دج.

لما نقر أن الأب ملزم بأجرة مسكن الحضانة فنتساءل حول أطراف العلاقة الإيجارية، هل تقوم هذه العلاقة بين أبي المحضون و المؤجرفقط أم تقوم أيضا بين الحاضنة و المؤجر ؟

فنجيب على هذا التساؤل كما يلي :

أولا : العلاقة بين الحاضنة و المؤجر :

تقوم العلاقة الايجارية بين الحاضنة و المؤجر إذا حكم القاضي على أبي المحضون بأدائه لها أجرة المسكن، و هذه هي الحالة التي نجدها سائدة أمام المحاكم، و يبقى أب المحضون ملزما بسداد أجرة مسكن الحضانة باعتبارها من عناصر نفقة المحضون، غير أن القاضي هو من يفرضها على خلاف الحالة الثانية (بقاء الحاضنة في المسكن الزوجي) حيث تكون محددة سلفا بعقد الإيجار.

ثانيا : العلاقة بين أبي المحضون و المؤجر :

إن قيام العلاقة الايجارية بين أبي المحضون و المؤجر، هي حالة ليست مطروحة، إلا إذا حكم للحاضنة بحق البقاء في مسكن الزوجية (المادة 2/467 من القانون المدني) فقد يحكم للحاضنة بحق البقاء في المسكن الزوجي المؤجر متى ثبت توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 52 من قانون الأسرة، حيث كانت العلاقة الايجارية قد نشأت منذ بداية الإيجار بين أب المحضون و المؤجر، و منه يعتبر الأب الطرف الأصلي في العقد دون الحاضنة و محضونيها، إذ لم تربطهم علاقة تعاقدية بالمؤجر سواء أكانت إقامتهم من بداية الإيجار أو بعده إعمالا بقاعدة نسبية آثار عقد الإيجار.

و بالتالي فالأب هو الذي يتعامل مع المؤجر مباشرة فيلتزم بسداد أجرة مسكن الحضانة (مسكن الزوجية سابقا) و نفس الشيء إذا قام الأب بتهيئة مسكن للحضانة كبديل عن المسكن الزوجي، بأن أجره باسمه و التزم شخصيا بسداد أجرته أو دفعها للحاضنة لتقوم بسدادها للمؤجر بالنيابة عنه.[1]

و من الإشكالات التي لاحظناها على مستوى المحاكم أنه عندما ترفع الحاضنة دعوى قضائية تطالب بأجرة المسكن، ترفض دعواها لعدم التأسيس أو لعدم الإثبات

[1]– بوقرة أم الخير، نفس المرجع، ص 113.

و ذلك لأن القاضي يشترط من الحاضنة تقديم وصل إيجار أو عقد إيجار يثبت أنها مستأجرة لتمكينها من أجرة السكن، لكن نتساءل هنا حول هذه الوضعية الصعبة ذلك أنه كيف للحاضنة أن تحصل على هذه الوثيقة النادرة ؟ مع العلم أن المؤجرين يطالبون من المستأجرين الجدد أن يدفعوا تسبيق مقابل إيجار لسنة أو لستة أشهر أو ثلاثة أشهر الأولى من الإيجار على الأقل.

فمن أين للحاضنة بهذه المبالغ خاصة إذا لم تكن تعمل ؟ و من سينفق في من لا عائل لها بأن يمنحها سكنا، ثم يحرر لها وصلا فتقدمه للقضاء ؟

لذلك نرى أنه على القاضي لما يعرض عليه مشكل أجرة السكن أن ينظر إليه على أساس أنه جزء من النفقة يلزم أبو المحضون بتوفيره، و لا ينتظر القاضي من الحاضنة أن تقدم وصلا للإيجار حتى يمنح لها هذا الحق إذ أن انتظار تقديم الوصل المذكور جورا للمرأة الحاضنة، و إلا فلماذا لا يطالب القاضي منها تقديم وصلا بنفقة الغذاء و الكسوة و العلاج حتى يمنحها للحاضنة باعتبارها نفقات ضرورية لحياة المحضون !

المبحث الثاني : خصائص حق الحاضنة في مسكن الحضانة:

إن المطلقة الحاضنة سواء التي بقيت في المسكن الزوجي طبـ ـقا للمادة 52 ق .الأسرة، أو ألزم الزوج المطلق بتوفير لها المسكن لتمارس فيه حضانة أولاده منها، أو بأدائه لها أجرته لتنوب عنه في إعداده طبقا للمادة 72 ق .الأسرة ففي كل الأحوال يكون حقها في المسكن حقا نسبيا لإلتزامها بطبيعة السكن و بالغرض الذي خصص لأجله و هو الحضانة و يكون حقها مؤقتا لأنه حق مرتبط بمدة الحضانة و الإنتفاع لا غير.

المطلب الأول : حق الحاضنة في مسكن الحضانة حق نسبي :

معنى ذلك أن المطلقة الحاضنة ملزمة باستعمال و استغلال المسكن بغرض الحضانة فقط دون إتيانها لأي تصرف من شأنه أن يمس بحق الزوج المطلق في المسكن، فيمنع عليها استعماله لأي غرض آخر حتى و لو كان مشروعا فلا يجوز لها أن تسمح لوالديها أو لأقاربها بالسكن معها فيه، أو بأن تتزوج و يقيم

زوجها معها فيه، و لو كان الزوج ذي رحم محرم من الصغير، كما لا يجوز لها استعماله في غير أغراض السكنى كاستعماله للحصول على ربح، كاستعماله مكتب مهندس، محامي، ...إلخ. لممارسة مهنة أو حرفة[1]

و يمنع على الحاضنة استعمال المسكن في غرض يضر بالصغير نفسيا و خلقيا كاستقبالها لأناس غرباء عن الطفل لأن هذا يمس بشرط الأمانة علىالمحضون في نفسه و ماله، فيجوز للمطلق طلب إسقاط حضانتها و نقلها إلى من تليها في الترتيب الذي وضعه المشرع[2].

المطلب الثاني : حق الحاضنة في مسكن الحضانة حق مؤقت :

إن شغل الحاضنة لمسكن الحضانة مقرون بمدة الحضانة، حيث يكون لها حق الانتفاع بالسكن للقيام بشؤون الحضانة طوال تلك الفترة، و طبقا للمادة 65 ق .الأسرة فإن مدة الحضانة تنقضي ببلوغ الذكر عشر سنوات و الأنثى سن الزواج، مع جواز تمديدها بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

و بالتالي تنقضي الحضانة قانونا متى بلغ المحضون السن القانونية لإنهاء الحضانة و يطلق على هذه المدة تسمية الحضانة الوجوبية، أو الإلزامية على أساس أن الصغير يكون خلالها بحاجة إلى خدمة النساء.[1]

و قد تقتضي مصلحة المحضون تمديد حضانته و تسمى بالحضانة الجوازية فهل يعني تمديد الحضانة أن تستمر الحاضنة في شغل مسكن الحضانة؟ بمعنى هل لها أن تشغل هذا المسكن فترة الحضانة الوجوبية دون فترتها الجوازية ؟ هنا يقول الأستاذ محمد عزمي البكري أن مدة الحضانة التي عناها المشرع المصري من المادة 18 مكرر ثلاثة الفقرة 1-2 و التي جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة

---

[1]- د. محمد عزمي البيكري، مرجع سابق، ص 768.
[2]- د. محمد عزمي البيكري نفس المرجع، ص 769.
[1]– محمد عزمي البكري، نفس المرجع، ص 772.

و صغيرها من مطلقها في شغل مسكن الزوجية هي المدة الإلزامية للحضانة على ما تقدم. [2]

لكن المشرع الجزائري في تقريره لحق السكن للحاضنة لم يقيده صراحة بمدة الحضانة القانونية، غير أن الاجتهاد القضائي إستقر على أن حق السكن الممنوح للحاضنة ليس له صيغة نهائية بل ينتهي بانتهاء مدة الحضانة. [3]

و ما يمكن استنتاجه أنه ما دام مسكن الحضانة مقررا قانونا للمحضون كحق مستقل عن باقي النفقات المعيشية، و أن الحاضنة تسكن بالتبعية له، فإن الحق في شغل المسكن يستمر إلى حين انتهاء مدة الحضانة الوجوبية و الجوازية على حد سواء، لأن القاضي يراعى في ذلك مصلحة المحضون. [4]

إن حق الحاضنة في شغل مسكن الحضانة، لا يملّكها أي حق ذاتي عليه، فهو حق انتفاع و ليس سند ملكية، مقررا قانونا لمصلحة المحضون و لأجل حضانته و يكتسي طابعا مؤقتا لكونه مرهونا بانتهاء مدة الحضانة فإذا كان لها أطفال ذكور و إناث فحق الحاضنة حق الانتفاع بالسكن لا يسقط إلا ببلوغ أخرهم المدة القانونية أي يبقى لها الحق إلى غاية انتهاء مدة الحضانة بالنسبة لأخرهم طبقا للمادة 65 ق أ.

المطلب الثالث : سقوط حق الحاضنة في المسكن :

إن حق الحاضنة في شغل مسكن الحضانة مرهون بانتهاء مدة الحضانة القانونية، و سقوط حقها في السكن يكون بقوة القانون، لكن قد تطرأ أسبابا تكون بفعل الحاضنة، مما يؤدي إلى فقدانها الحق في السكن قبل انقضاء مدة الحضانة و هذا ما نصت عليه المادة 4/52 من ق أسرة على أنه : "**تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها**" فطبقا لهذا النص فإن أسباب سقوط حق الحاضنة في المسكن هي كالتالي :

الفرع الأول : زواج المطلقة الحاضنة :

---

[2]– محمد عزمي البكري نفس المرجع، ص 775.
[3]– قرار صادر في 1990/12/23 ملف رقم 81197، م ق لسنة 1996 العدد 1، ص 85.
[4]– بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 124.

إذا أرادت الحاضنة الاستمرار في قيامها بواجبها نحو محضونيها و البقاء معهم في مسكن الحضانة، وجب عليها قانونا أن تمتنع عن التزوج مرة أخرى. و نص المادة 52 ق أسرة جعل الحق في السكن مقيد صراحة بعدم تزوج الحاضنة دون تمييز بين حال زواجها بقريب محرم و حال زواجها بغير قريب محرم مما يترتب عليه سريان حكمه على الحالتين نظرا لعمومية الصياغة.

و تفقد الحاضنة الحق في السكن بزواجها ثانية لأن حق إسكانها على زوجها الجديد و يسقط على أبي المحضون، حيث يجوز له أن يطلب من نفس المحكمة التي قررت السكن للحاضنة، الحكم بإسقاط حقها في المسكن لذات العلة[1].

و له أن يطلب أيضا إسقاط الحضانة عنها إذا كان الزوج الجديد أجنبيا غير قريب محرم للمحضون (المادة 66 قانون الأسرة) و بالتالي فإن:

<u>تزوج الحاضنة بقريب محرم لا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة، لكنه يؤدي إلى سقوط حقها في السكن. أما تزوج الحاضنة بأجنبي غير قريب محرم فيؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة و سقوط حقها في السكن.</u>

الفرع الثاني : ثبوت انحراف الحاضنة :

يقصد به ثبوت إنحرافها خلقيا بحيث تنحرف عن القيام بشؤون الحضانة و تقوم بأفعال منافية للآداب و الأخلاق، و ارتكاب الفواحش.

لكن الإشكال الذي يثور أمام محاكمنا عادة هو أن أب المحضون يرفع دعوى قضائية يطلب فيها من المحكمة إسقاط الحضانة عن مطلقته و بالتبعية يطلب من المحكمة التي ضمنت لها المسكن ، الحكم بسقوط حقها فيه معتمدا على مجرد أقاويل و إشاعات. فكيف يمكن للقاضي أن يعرف انحراف الحاضنة ؟

إن القاضي ملزم بقاعدة أن " الخصومة ملك للأطراف" و أن المدعي هو الملزم بتقديم إثبات على ما يدعيه إستنادا لمبدأ : "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر" فعلى رافع الدعوى إثبات هذه الواقعة المادية بكافة طرق الإثبات القانونية مثل محاضر رجال الضبطية القضائية (الشرطة، الدرك) و الإقرار و غيرها [1]

---

[1]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 268.

[1]– د/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 243.

أو صدور حكم جزائي على المطلقة بتهمة الزنا.[2] لأن النص الصريح، كما يجب أن يكون مسكن الحضانة هو العامل المساعد على انحراف الحاضنة و تسهيل ممارستها للفسق و الدعارة و ذلك بناءا على دعوى يقيمها ضدها الزوج السابق بموجب عريضة يقدمها إلى كتابة الضبط بالمحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها المسكن موضوع الدعوى، و هذا هو المعنى الذي أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 52 ق أسرة[3]. و انحراف الحاضنة يؤثر سلبا على المحضون لأنها لم تصبح أمينة على محضونيها مما يشكل سببا في طلب إسقاط الحضانة عنها و انتقالها إلى من يليها طبقا للمادة 64 من ق أسرة.

و نجد أنه ما دام أن الحق في مسكن الحضانة مرتبط بحق الحضانة في حد ذاته فإن زوال هذا الأخير يؤدي بالضرورة إلى سقوط الحق في مسكن الحضانة مما يترتب معه دراسة أسباب سقوط الحق في الحضانة لإبراز حالات سقوط الحق في مسكن الحضانة كون أن سقوط الأصل يؤدي إلى سقوط الفرع، و قد نص المشرع الجزائري على هذه الأسباب في خمسة مواد من المادة 66 إلى المادة 70 من ق أسرة و تتمثل في : 1-تزوج الحاضنة بغير قريب محرم: و ذلك على رأي فقهاء المالكية و جمهور الحنفية و منهم أخذ المشرع الجزائري حكم المادة 66 من قانون الأسرة التي تنص : "**يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم**"[1].

2- تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة: إذ اعتبر المشرع الجزائري أن الحضانة حق للحاضن من جهة، و للمحضون من جهة أخرى، و أنه أجاز من جانب للحاضن التنازل عن الحضانة و من جانب آخر قيد هذا التنازل بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقا لهذا الأخير[2]

3-سكوت الحاضن عن المطالبة بحقه في الحضانة، و ذلك لمدة تزيد عن سنة دون عذر سقط حقه فيها طبقا لما نصت عليه المادة 68 من ق الأسرة المأخوذة من المذهب المالكي[3].

---

[2]– قرار صادر في 1997/09/30 ملف 171684، م ق 2001، عدد خاص، ص 169.

[3]- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 269.

[1]- أعراب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية) من المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، سنة 1994، عدد 1، ص 149.

[2]- أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص 144.

3- قرار 1996/05/21 ملف رقم 134951، المجلة القضائية 1997، العدد الثاني، ص 86.

4- اختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة 62 ق الأسرة بحيث تكون الحاضنة أهلا للقيام بالحضانة، نصت عليه المادة 67 من ق الأسرة، هذه الشروط تتمثل في[4]: - عدم فسوق الحاضن و اتفق على ذلك المالكية و الشافعية و الحنفية و الظاهرية و الحنابلة، بأن لا حضانة لفاسق، لأن الولد ينشأ على طريقته - و القدرة على حماية المحضون و حفظ صحته، و تربيته على دين أبيه إذ أنه حسب الحنفية و الشافعية لا ينبغي أن يكون الحاضن كافرا.

5- استيطان الشخص الموكل له حق الحضانة في بلد أجنبي طبقًا للمادة 69 ق الأسرة رجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون .[5]

6 - سكن الحاضنة إذا كانت جدة أو خالة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم طبقا للمادة 70 من ق الأسرة، و هذا الحكم الذي استمده المشرع الجزائري من المذهب المالكي، فإسقاط الحضانة في هذه الحالة منطقي جدا، لأن وجود المحضون في بيت هذه الأخيرة تحت سمعها، و بصرها يجعله من حيث الواقع في حضانة الأم لا في حضانة الخالة أو الجدة، و عليه يمكن القول بأن نفس الأسباب التي من أجلها أسقطت الحضانة عن الأم بتزوجها بغير قريب محرم موجودة هنا و لذلك ينبغي أن يشملها نفس الحكم[1] . إن حق الحاضنة في مسكن الحضانة مقتصرا على الانتفاع، لممارسة الحضانة فيه و ليس سند للملكية كما سبق ذكره معنى ذلك يحق للزوج المطلق استرداد مسكنه بقوة القانون متى انقضت مدة الحضانة القانونية أو سقط حقها في حضانة الأولاد فإذا كان مسكن الحضانة هو مسكن الزوجية، أو هو المسكن البديل الذي أعده الزوج المطلق بالتأجير، يمكنه استرداد المسكن لأحقيته في الملكية أو الإيجار، أما إذا ألزم بدفعه للحاضنة بدل الإيجار فهنا لا يسترده و لكنه يتوقف عن دفع الأجرة.

- قرار صادر في 1999/ 05/18 ملف رقم 222655، المجلة القضائية 2001 عددع خاص ص 185.

[4]- أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص 143

[5]د/ نصر الدين ماروك - قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، ص 125

- قرار صادر في 1989/05/22 ملف رقم 53578، نشرة القضاة، العدد 52

[1]- أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص 140.

فمن المفروض أن الحاضنة بمجرد انقضاء مدة الحضانة القانونية تترك المسكن لأن حقها في السكن يسقط بقوة القانون لأن المطلق لم يعد ملزم نحوها بأي التزام و يعود له بذلك الحق في الانتفاع بمسكنه، لكن ما لاحظناه على مستوى المحاكم أن الحاضنة غالبا ما ترفض الخروج من المسكن بالرغم من انقضاء الحضانة لأنها تعتقد أن المدة الطويلة التي قضتها فيه لعشر سنوات أو لعشرين سنة يخول لها حق الإستمرار في شغل هذا المسكن، وبالتالي فما على الزوج إلا اللجوء أمام العدالة برفع دعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية بإعتبار أن تقرير حق السكن أثر من آثار الطلاق، أوأمام القاضي المدني صاحب الإختصاص العام الشامل ذلك أن قانون الإجراءات المدنيةوالقانون المدني و قانون الأسرة لم يبينوا الجهة القضائية المختصة لرفع دعوى استرداد المسكن(أمام القاضي الإستعجالي[2] أو قاضي الموضوع).

الخـــــــاتـــمـــة:

إن كان الغرض من تقرير المسكن لممارسة الحضانة بعد فك الرابطة الزوجية هو التقليل من ظاهرة تشرد الأطفال و مراعاة لمصلحة المحضون بطريقة مباشرة و المطلقات بطريقة غير مباشرة، فإن الضوابط القانونية التي تحكم هذه المسألة أصبحت لا تتماشى مع الواقع الاجتماعي نظرا لأنها لا تخدم كلا الطرفين من الزوج المطلق أو الزوجة المطلقة، مما ينعكس سلبا على الأولاد المحضونين وذلك نظرا للعيوب التالية:

- عند دراسة المادة 52 ق .الأسرة لاحظنا أنها تطبق على المطلقة الحاضنة التي كانت زوجة، أي الأم فقط و لا تطبق على الحاضنة إذا كانت خالة أو جدة بحكم ترتيب حق الحضانة طبقا للمادة 64 من قالأسرة. و بالتالي لا تستفيد هذه الحاضنة من السكن لكن ما نراه أن الإشكال الذي يطرح بالنسبة للأم الحاضنة يطرح أيضا

2- د/ الغوثي بن ملحة – القانون القضائي الجزائري – ص 295 جاء فيه .:" القضاء المستعجل هو قضاء مؤقت لايمس بأصل الحق وفي هذا الصدد تقول الدكتورة أمينة النمر ومن مقتضاه إسعاف الخصوم بأحكام سريعة قابلة للتنفيذ الجبري، هذه الأحكام تضع الخصوم في مركز مؤقت ريثما يفصل في أصل الحق"

بالنسبة للحاضنة الجدة، الخالة، فكيف يمكن لهذه الحاضنة ممارسة الحضانة دون مسكن ؟ و بالتالي، فما دام المسكن هو حق مقرر لمصلحة المحضونين، فإن الحاضنة سواء كانت أما أو غيرها، ينبغي أن تستفيد من المسكن.

وما يعاب على المادة 52 من ق الأسرة أيضا هو انعدام معيار يمكّن القاضي من التأكد فعلا بأن المطلقة ليس لها ولي يقبل إيوائها إذ أن عبء الإثبات يقع على عاتقها، وغالبا ما تعجز عن إثبات ذلك. كذلك ينبغي إعادة النظر في هذا النص الذي يشترط وسع الزوج بأن يكون له أكثر من مسكن وإلا فقدت المطلقة الحاضنة حقها فيه، إذ غالبا ما يتحايل فيها الزوج المطلق بغرض التخلص و الإفلات من التزامه لتوفير السكن إذا كان له عدة مساكن بتغيير العقد باسم أحد أقاربه (بإسم أخيه ،أمه ...الخ) ومنه لا يمكن للقاضي إلزام المطلق بالتنازل عن المسكن الزوجي لمطلقته لممارسة الحضانة.

كما أن المادة 52 ق.أ جاءت عامة بنصها على المحضونين بصيغة الجمع فهذا غير منطقي في إعتقادنا إذ أن الأم سواء كانت حاضنة لإبن واحد أو أكثر، في أمس الحاجة للمسكن لممارسة الحضانة خاصة أن إسناده مقرر قانونا لمصلحة المحضون، فأين تتجسد هذه الحماية دون مسكن ؟؟ بالإضافة أن اشتراط تعدد الأولاد لإستحقاق الحاضنة حق البقاء في المسكن فيه تناقض فادح في حضور المادة 72 ق.الأسرة التي تقرر السكن للمحضون دون اشتراط التعدد، مما يجعل القاضي يتأرجح بين نصي المادتين 52 و 72 ق .الأسرة في حل قضية سكنى المحضون.

كما أن المشرع لم يكن واضحا في تقرير الحق في مسكن الحضانة، فجعله للحاضنة طبقا للمادة 52 و للمحضون طبقا للمادة 72 ق.أ و كان من الأجدر أن يقررالسكنى للمحضون بصورة أصلية و للحاضنة بالتبعية، فلولا وجود المحضون في إطار العلاقة الزوجية المنفكة، لما تسنى النص على ضمان حق الحاضنة في السكن.

- رغم الحماية التي قررها قانون العقوبات في مجال الأسرة (الإمتناع عن دفع النفقة، الإمتناع عن تسليم المحضون للحاضنة، ترك مقر الزوجية،...)إلاأنه لا توجد

حماية جزائية في حالة امتناع الزوج عن توفير السكن لممارسة الحضانة بعد الحكم لها به أوإخفاء الزوج للسكنات التي يملكها، أو طرد الزوج لزوجته و هي في العدة -مماسبق يتضح لنا بأن أحكام الشريعة الإسلامية حمت المطلقة الحاضنة أكثر مما حماها المشرع الجزائري في قضية السكن، و هذا أدى لظهور عدة مساعي تطالب بتعديل قانون الأسرة الحالي، خاصة بعد انضمام الجزائر لإتفاقية حقوق الطفل و كذا صدور توصيات عديدة تهدف إلى إعطاء الأولوية لحقوق الطفل و الأم في السكن، منها توصيات الورشة الأولى المتعلقة بحقوق المرأة والطفل وتوصيات الورشة الثالثة الخاصة بمشاكل الطلاق و التطليق، المؤرخين في 1999/10/13 والتي كان من بين اهتماماتها تعديل المادة 52 من ق الأسرة- بما يتماشى و فلسفة حماية الطفل المحضون والأسرة و سن قواعد إجرائية خاصة بتطبيق أحكام قانون الأسرة.

فالمشرع عليه بالإصلاح، لوضع تشريع دقيق عادل غير متحيز لا لجانب المطلق و لا لجانب المطلقة، كما فعلت بعض التشريعات بل يكون لمصلحة المحضون و ذلك في إطار القيم الجزائرية الإسلامية و الإبتعاد عن التقليد الأعمى للقوانين الأجنبية التي لا تشبهنا في شيء، لا من حيث الدين و لا من حيث الحضارة و العادات و الطابع الاجتماعي.

و القاضي عليه بالاجتهاد، و التحلي بالنزاهة، و لعل مهمة هذا الأخير أصعب و أدق لأنه مطالب بموجب المادة 222 ممن قانون الأسرة بالرجوع للشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص تشريعي و الحال أن هذه المادة تحيله إلى بحر بلا حدود لتنوع مجال و مصادر الشريعة الإسلامية.

- و نحن في سنة 2004 عند دراستنا لمشكلة المسكن لممارسة الحضانة وجدنا أنفسنا أمام فراغ قانوني كبير، فعلينا بالاجتهاد، في انتظار صدور قانون الأسرة الجديد الذي هو الآن في شكل مشروع على مستوى وزارة العدل و الذي من بين اهتماماته تعديل المادة 52 منه فنتمنى أنه عند التحاقنا بالميدان يكون قانون الأسرة

قد صدر و معه التعديلات المتوخاة في تكريس التوازن بين حقوق و واجبات كل طرف في الأسرة لا سيما الـطفـ ـل المـ ـحضـ ـ ـون.

قائمة المراجع:

1- الدكتور/الغوتي بن ملحة: القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية- سنة 1995.
2- الدكتور/ اسحاق ابراهيم منصور: نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2،سنة 1990
3- الدكتور/بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1 (الزواج و الطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994
4- الدكتور/عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد 1 الجزء 1، مقدمة، صيغة العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،

1954-1953
5- الدكتور/ع-فروخ: الأسرة في الشرع الإسلامي مع لمحة من تاريخ التشريع إلى ظهور الإسلام، دار الطبع، بيروت، لبنان، الطبعة 1 سنة1951
6- الدكتور/عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا (النسب-الرضاع-الحضانة-نفقة الأقارب) دار الفكر العربي، القاهرة بدون سنة.
7- الأستاذ/عمر زودة : طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها Encyclopedia Editions 2003
8- عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البحث للطباعة و النشر، قسنطينة، الطبعة 1 سنة 1986
9- الإمام محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 3، سنة 1958
10- الدكتورة محمدي فريدة- زواوي: المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق Les editions internationals 1997
11- محمد عزمي البكري : موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية، (مسكن الحضانة في القانون رقم 100 لسنة 1985)
12- الدكتور نصر الدين مروك: قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية سنة 2004

المذكرات:

- بوقرة أم الخير: مسكن الزوجية (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص) كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر- السنة الجامعية 2001-2002
- خراخرية وليد و حليس محمد أكرم : مسكن الزوجية بعد الطلاق في ظل الشريعة الإسلامية و القانون (مذكرة لنيل شهادة ليسانس) جامعة باجي مختار، عنابة، السنة الجامعية 2001 -2002

المقالات /مجلات /جرائد:

1-ملف حول إثراء قانون الأسرة – الغرفة الوطنية للموثقين- مجلة الموثق، جوان 1998 العدد 3.
2-ملف الموثقون أمام ثغرات الأسرة – مجلة الموثق- جوان 2001، العدد 1.
3-مقال أعراب بلقاسم: مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، سنة 1994 العدد 1.
4-مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، سنة 2000 العدد 3 :
1/مقال الدكتور دنوني بن شيخ هجيرة " إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق الأسرة".
2/مقال الدكتور الطيب لوح " إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب الحماية القانونية الجزائية و الإجرائية" .

3/مقال الدكتور نصر الدين مروك " قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق"
4/مقال الأستاذ الغوثي بن ملحة: Réflexions sur un débat public autour du code de la famille
من جريدة " el watan " بتاريخ 1999/12/13 رقم 2739
مجلات قضائية لسنة 1989 العدد 1، سنة 1990 العدد 2، سنة 1991العدد3 ، سنة 1994 العدد 1 و2، سنة 1995 العدد1 و2، سنة 1996 العدد 1، سنة 1997 العدد 2، سنة 2000 العدد 1 و 2، سنة 2001، نشرة القضاة لـ 1972 نشرة القضاة عدد 44، عدد 52.

محاضرات :

الأستاذ بن رقية بن يوسف – الإيجار المدني و التجاري – محاضرات ملقاة على طلبة الدفعة الثانية عشر 2002-2003

النصوص القانونية :

- قانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري.
- المرسوم 76/ 147 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر و المستأجر لمحل معد للسكن و تابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري.

- القوانين العربية للأحوال الشخصية :

- المدونة المغربية للأحوال الشخصية الصادر في 25 جمادى الأول 1355 الموافق لـ 18 ديسمبر 1957.
- مجلة الأحوال الشخصية التونسي الصادر في 13/08/ 1956.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر سنة 1976.
- قانون الأحوال الشخصية السوري، المرسوم التشريعي 59 الصادر في 1953/09/17 .
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي، رقم 51 سنة 1984.
- القانون رقم 1985/100 المعدل لبعض أحكام الأحوال الشخصية المصري.

الخـــــــــطة